العدد 65. مارس. 2024



مجلة الباحث



للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية

Researcher's journal

of Legal and Judicial Researches and Studies



مجلة علمية محكمة تعنى بنشر الأبحاث القانونية والفقهية والقضائية والاقتصادية

مدير المجلة – الأستاذ محمد القاسمي



رئيس التحرير – الأستاذ جعفر القاسمي

دراسات وأبحاث قانونية وقضائية باللغة العربية

دراسات وأبحاث قانونية وقضائية باللغة الفرنسية



ردمد ISSN: 2550 - 603X • الإيداع القانوني 08 ع / 2017 م



FCB- majalatlbahit   Majalatlbahit2017@gmail.com   www.allbahit.com



(يرفعِ الله الذِين آمنوا مِنكم والذِين أوتوا العِلم

درجاتٍ والله بِما تعملون خبِير)

صدق الله العظيم

الآية الحادية عشر (11) من سورة المجادلة

- عنوان الإصدار: **مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية**
- مسؤولو المجلة: **ذ محمد القاسمي /مدير النشر/ ذ جعفر القاسمي /رئيس التحرير/**
- مجال الاشتغال: **نشر المقالات العلمية والأوراق البحثية**
- التخصص: **الدراسات والأبحاث القانونية والفقهية والاقتصادية والقضائية**
- دعامة النشر: **ورقي /مؤلفات جماعية متخصصة/ إلكتروني / أعداد ذات المواضيع المتنوعة/**
- الناشرين في المجال الورقي: **دار الآفاق ، دار القلم، المطبعة الأرومتوسطية، دار الأمنية...**
- الناشرين في المجال الرقمي: **موقع مجلة الباحث، دار المنظومة، قاعدة البيانات أرسيف ومنصة معرفة...**
- الإيداع القانوني: **08 غ /2017م**
- الرقم الدولي المعياري للدورية: **ISSN: 2550 – 603X**
- للتواصل مع المجلة: **WATHSAPP -212 771394949 – MAJALATLBAHIT2017@GMAIL.COM**

مجلة الباحث

للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية

مجلة قانونية علمية محكمة تعنى بنشر الأبحاث القانونية والفقهية والقضائية والاقتصادية

---

93. الدكتور عبد اللطيف أكدي	94. الدكتورة تورية بوستة	95. الدكتورة مليكة الزويع	96. الدكتور عمر الخضر
97. الدكتورة يسيرة الشنواني	98. د حميد ايت علي او الحاج	99. الدكتور كريم احليحل	100. الدكتور هشام بندرقاوي
101. الدكتورة فاتن حديود	102. الدكتور عصام ازمي	103. الدكتور جواد خربوش	104. الدكتورة سارة الطاهري
105. الدكتور محمد المقريني	106. الدكتورة مريم زان	107. الدكتورة عفيفة بلعيد	108. الدكتور محمد البداوي
109. الدكتور محمد لفريخي	110. الدكتورة حنان مغيزو	111. الدكتور إسماعيل الرزاوي	112. الدكتور محمد بهدان
113. الدكتور أناس الشاوني	114. الدكتور يوسف تملكوتان	115. الدكتور يونس مليح	116. الدكتور حسن أهويو
117. الدكتور عامر مراد	118. الدكتورة سعاد منظر	119. الدكتور يوسف كبيطي	120. الدكتور أديب حمديني
121. الدكتور محمد مهداوي	122. الدكتورة نوال فقير	123. الدكتور مصطفى بوهرو	124. الدكتورة سلوى شكري
125. الدكتور مزغري محمد	126. الدكتور الخنشولي هشام	127. الدكتورة عزيزة بن قادة	128. الدكتور أشخلف عبد الله
129. الدكتور قاسم لعويمري	130. الدكتور الدجالي أيوب	131. الدكتور العقاوي عبد العالي	132. الدكتورة وفاء رزوق
133. الدكتورة لمياء أبيدار	134. الدكتور عبد الحكيم عرني	135. الدكتور حسان بيشا	136. الدكتور عزالدين المنصوري
137. الدكتورة فدوى بوزكري	138. الدكتورة نجاة الحافضي	139. الدكتورة كوثر رغوي	140. الدكتور رضوان سفراوي
141. الدكتورة نجوى غميجة	142. د عبد الله ايت الطالب	143. الدكتور محمد أشقير	144. الدكتور عنان عباسي
145. الدكتور محمد عطيف	146. الدكتور رشيد لمقدم	147. الدكتور عماد المرنيسي	148. الدكتور الخياري معاذ
149. الدكتورة بسمة بلحمرة	150. الدكتور فحفوحي محمد	151. الدكتور جواد حنجير	152. الدكتور يونس باعدي
153. الدكتورة سلم لمباركي	154. الدكتور سعد بهتي	155. د مصطفى مخروط	156. الدكتورة إلهام ماموني
157. الدكتور هشام العوفي	158. الدكتور نبيل سديري	159. الدكتورة زينب قرواني	160. د ادريس السبعاوي
161. الدكتور الكبير ريحاني	162. الدكتورة لبنى الحيمر	163. د عبد الأحد البرينصي	164. د عبد العالي مغشيش
165. **الدكتورة كوثر الهيدك**	166. الدكتور عادل راجع	167. الدكتور عبد اللطيف لمزرع	168. الدكتور قندسي عبد النور
169. **الدكتورة سمية رفاش**	170. الدكتورة غزلان بوعبدلي	171. الدكتورة كوثر هيلالي	172. الدكتور محمد علي امدغري

الأعضاء من باقي الأقطار العربية:

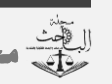
173. د محمد عبد الجليل (موريتانيا)	174. د عبدالرازق وهبه سيد (السعودية)	175. د عمر موسى جعفر (العراق)
176. د أحمد عبد المنعم القاصي (مصر)	177. د محمد أحمد سعيد (اليمن)	178. دة سنية النوالي (تونس)
179. د مثيم منفي كظم العميدي (العراق)	180. د همام القوصي (فلسطين)	181. د محمد شكار (موريتانيا)
182. د محمد المصطفى (موريتانيا)	183. دة رجاء حسين عبد الأمير (العراق)	184. د محمد زياد جرادات (فلسطين)
185. د أحمد جبريل العويطي (فلسطين)	186. د عبد الله المحرمي (عمان)	187. دة زينب رياض جبر (العراق)
188. د الشيخ سيداتي أحمدو (موريتانيا)	189. د علي احمد محمد سعيد (اليمن)	190. د محمد ولد الحسن (موريتانيا)
191. **د محمد احمد عبد الله (السودان)**	192. د أشرف محمد أبو الرب (فلسطين)	193. د عمر عبدالله عمر أمبارك (ليبيا)
194. د أحمد إبراهيم أحمد بلل (الأردن)	195. دة صفاء شكور عباس الزندي (العراق)	196. **د. محمد يحظيه ولد سيد امحمد**
197. **د علي الدوه (موريتانيا)**		

لجنة التنقيح والمراجعة اللغوية والنشر:

198. ذة حليمة عبد الرمى (مديرة مجلة)	199. ذ عبد العزيز البعلي (باحث دكتوراه)	200. ذ عبد الرزاق الجباري (مؤلف)
201. سناء بن سيدي (باحث قانوينة)	202. ذ محمد أمين اسماعيلي (مدير مجلة)	203. ذة سناء ارشوق (باحثة دكتوراه)
204. ذ. عثمان جميلي (باحث دكتوراه)	205. ذ أشرف ركراكي (باحث دكتوراه)	206. ذ سفيان مشرف (باحث دكتوراه)
207. ذ مروان الباقي (باحث دكتوراه)	208. ذ عبد الله المخلوق (باحث دكتوراه)	209. ذ بدر الحيمودي (باحث دكتوراه)
210. ذ زكرياء القاسمي (رئيس مصلحة بالمحافظة)	211. ذة فاطمة الزهراء علالي (باحثة دكتوراه)	212. ذة سعيدة حليمي (باحثة دكتوراه)
213. ذ هشام اوهي (محامي متمرن)	214. ذة حليمة أكشو (باحث دكتوراه)	215. ذ أيوب الوانبي (محامي متمرن)
216. ذ محمد التوزاني (باحث دكتوراه)	217. ذ الحسين الكثيف (باحث دكتوراه)	218. ذة نبيلة الراصفي (باحث دكتوراه)
219. ذ محمد البركاني (باحث دكتوراه)	220. ذ يونس الحاجي (باحث دكتوراه)	221. ذ طارق مرزاق (باحث دكتوراه)
222. **ذ عماد أكضيض (باحث دكتوراه)**	223. ذة إكرام بن علي قدور (باحثة دكتوراه)	224. ذة رداد شملال (باحث دكتوراه)
225. ذة. كريمة بلش (باحثة دكتوراه)	226. ذ عبد الله واعزيز (باحث دكتوراه)	227. ذة عتيق سكينة (باحثة دكتوراه)
228. ذ محمد يازيد مزوزي (باحث دكتوراه)	229. ذ إكرام القبابي (باحثة دكتوراه)	230. رميساء جاد الله (باحثة في القانون)
231. ذة فاطمة الزهراء الباز (باحثة دكتوراه)	232. ذ جواد بولويحة (باحث دكتوراه)	233. ذ رقية بلكوس (باحثة دكتوراه)
234. ذ. عبد الرحيم شنكاو (باحث دكتوراه)	235. ذ محمد أطرش (باحث دكتوراه)	236. ذة حياة فخور (باحثة دكتوراه)
237. ذة. بشرى القاسمي (باحثة دكتوراه)	238. ذ ياسين معروف (باحث دكتوراه)	239. ذ أنور السدات الحمري (باحث دكتوراه)
240. ذة. بشرى واعراب (باحثة دكتوراه)	241. **حياة القسوري (باحثة قانونية)**	242. ذ. عبد الحميد حكيمي (باحث دكتوراه)
243. **سفيان القبوري (باحث قانوني)**	244. **أنور احمادون (باحث قانوني)**	245. مينة كدي (باحثة قانونية)
246. حمزة شقاف (باحث قانوني)	247. محمد علي ابو علي (باحث قانوني)	248. وصال العيادي (باحثة قانونية)
249. محمد الدفيلي (باحث قانوني)	250. عبد الصمد بولحية (باحث قانوني)	251. أمين كانوني(باحث قانوني)
252. عبد السلام البوليس (باحث قانوني)	253. عبد السلام البوليس (باحث قانوني)	254. سعيد شرو (باحث قانوني)

اعتمادات مجلة الباحث للدراسات القانونية:

تم الإيداع القانوني للمجلة سنة 2017 بالمكتبة الوطنية بالرباط – المغرب	معتمدة من المعهد الوطني للإعلام العلمي والتقني – المغرب
حاصلة على الرقم الدولي المعياري للدوريات ISSN – بفرنسا	حاصلة على وصل إيداع أعداد ورقية بالمكتبة الوطنية المغرب
معتمدة من قبل قاعدة معامل التأثير والاستشهادات المراجعية العربي (Arcif)	معتمدة من دار المنظومة العربية لقواعد البيانات بالرياض – السعودية
معتمدة ضمن قاعدة البيانات العربية الرقمية "معرفة" – الأردن	في طور الاعتماد من قاعدة البيانات (المنهل) للمصنفات العلمية
في طورا الاعتماد من منظمة SCRIP لتصنيف المجلات العلمية	في طور الاعتماد من منظمة isi indexing للأرشفة الدولية



مجلة الباحث

للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية

مجلة قانونية علمية محكمة تعنى بنشر الأبحاث القانونية والفقهية والقضائية والاقتصادية

تصدر كل شهر على الموقع الإلكتروني (الباحث القانوني) **www.allbahit.com**

تبقى كل الأراء والمواقف الواردة بالمقالات المنشورة بالمجلة ملزمة لأصحابها ولا تلزم المجلة وطاقمها

شروط النشر بمجلة الباحث:

1. أن ينصب موضوع المقال على المجال القانوني أو الفقهي أو القضائي حسب الأحوال...
2. أن يكون البحث أو المقال محترما لشروط وأبجديات البحوث العلمية الدقيقة...
3. احترام الأمانة العلمية، وثوتيق المعلومات، وتفادي الأخطاء المادية والمنهجية...
4. أن يكون البحث أو المقال قد أجاب عن الإشكالية التي يطرحها في مجملها...
5. تدرج الإحالات حصرا في أسفل كل صفحة تحت طائلة رفض المقال...
6. يذيل المقال حصرا بجرد للائحة المراجع المعتمدة في تحريره ....
7. يتعين على كاتب المقال ترجمة عنوان نفس المقال للغة الإنجليزية...
8. يتحمل كاتب كل مقال منشور بالمجلة ما به من سرقات أدبية ومغالطات علمية...
9. المجلة متخصصة في نشر المقالات العلمية والتقارير الأكاديمية والتعاليق على المقررات القضائية...
10. تستقبل المجلة مقالات السادة الباحثين باللغات الثلاث (فرنسية، عربية، انجليزية)...
11. ترسل المقالات حصرا بصيغة الوورد (word) لبريد المجلة (majalatlbahit2017@gmail.com).....................
12. يتضمن المقال المرسل وجوبا لبريد المجلة اسم الكاتب وصفته العلمية والمهنية إن توفرة...
13. يرفض كل مقال لا يتوفر على الحد الأذنى من الشروط المسطرة سلفا من قبل طاقم المجلة...
14. تعمل المجلة على اخبار كاتب كل مقال مرسل للمجلة بالعدد الذي سينشر فيه بعد مراجعته...
15. لا يمكن سحب المقالات التي أرسلت للمجلة بعدمرور أجل معقول وبعد اتخاذ إجراءات بشأنها...
16. تنشر المجلة على أوسع نطاق في منصاتها الرسمية ودور النشر المعتمدة وطنيا ودوليا...
17. النشر بالمجلة بمقابل مادي يحدده طاقمها حسب وضعية كل باحث على حدا ....
18. يبقى للمجلة الحق في سلوك المساطر القانونية المتعلقة بالأمر بالأداء في حالة التأخر غير المبرر في أداء مستحقات النشر.............
19. تسلم شهادة النشر والوعد بالنشر للضرورة وذلك لأغراض علمية ومهنية حصرا...
20. تعمل المجلة على إصدار مؤلفات جماعية وسلسلات ورقية سنويا استنادا لأجود المقالات المتوصل بها ....
21. لمعلومات أكثر، يمكن التواصل معنا عبر wathssap في الرقم 212 771394949+ أو عبر البريد الإلكتروني أعلاه.....

الفهرس

مقالات وأبحاث قانونية وقضائية باللغة العربية

مقالات وأبحاث قانونية وقضائية باللغة الفرنسية

افتتاحية العدد، يقدمها: ذ محمد القاسمي

مدير مجلة الباحث – عضو نادي قضاة المغرب – مؤلف وباحث في القانون الخاص



بسم لله الكريم، وبه نستعين، وبفضله نمضي ونغدوا في طريقنا حتى نبلغ مقام اليقين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، نهر الهدى وبحر الندى وعلى آله وصحبه أجمعين، رب اشرح لي صدري ويسر لي أمري واحلل عقدة من لساني يفقهوا قولي...أما بعد: تتمة للمسار الذي بدأناه مند سنوات خلت في مجال النشر العلمي والبحث الأكاديمي، فإنه لمن دواعي السرور أن نقص شريط عدد جديد من أعداد مجلتنا، ويتعلق الأمر بالعدد 65 مارس 2024، هذا الأخير جاء بعد اصدار ثلة من الأعداد المتنوعة من المجلة، بين تلك المتعلقة بالقانون الخاص أو تلك المتعلقة بالقانون العام بالإضافة إلى دراسات تهم مجال الاقتصاد والفقه الشرعي، وكذا إصدار ستة أعداد متعلقة بجائحة كورونا وحالة الطوارئ الصحية،....

فالعدد الخامس والستون (65) من هذا الصرح غني بمقالات وأبحاث في مجال القانون والعدالة، ألفها أساتذة التعليم العالي ودكاترة وممارسين وباحثين في أسلاك الدكتوراه من المغرب وبعض الدول العربية الشقيقة، ستشكل بلا شك أو أدنى ريب إضافة للخزانة القانونية الرقمية، ومادة علمية يعتمدها الفقيه والمتخصص والباحث وكل مهتم بالتأليف في الشأن القانوني والقضائي المغربي والمقارن سواء في القانون العام أو الخاص على حد سواء...

فالشكر الجزيل لكل من ساهم من قريب أو بعيد في تأليف وصياغة بنيان هذا العدد، والشكر الجزيل للجنة العلمية وللجنة التنقيح والمراجعة اللغوية والنشر، وفي انتظار اصدار العدد 66، تفضلوا بقبول أسمى عبارات التقدير والاحترام؛ والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته...

حرر بالمملكة المغربية في 2024/03/01




مقالات وأبحاث قانونية وقضائية باللغة العربية







الأستاذ الحسن ولد محفوظ
باحث في سلك الدكتوراه كلية العلوم القانونية السويسي
جامعة محمد الخامس الرباط

تكريس المقاولاتية الاجتماعية في التشريع المغربي

Enshrining social entrepreneurship in Moroccan legislation

الملخص:

من المعروف أنه حيث "يوجد المجتمع يوجد قانون" وأي إصلاح لهذا المجتمع لابد أن تواكبه إصلاحات قانونية وهو ما يتجسد في مجال المقاولاتية الاجتماعية كمفهوم حديث تبنه مختلف التشريعات ومن بينها التشريع المغربي وهو ما يعني دراسة سوسيولوجية للمقاولة عن طريق التشريع وبمعنى أدق مساهمة المشرع في وضع ضمانات قانونية لإنشاء المقاولات ذات البعد الاجتماعي وكذا الموازنة بين العنصر الاقتصادي والاجتماعي للمقاولة التجارية ،فالروتين الاقتصادي الذي تسعى إليه المقاولة أضحى متجاوزا وأصبحت المقاولة مجبرة على التفاعل مع محيطها الاجتماعي فهي مهما بلغت تبقى مجرد وسط اجتماعي يتأثر بما يجري في محيطه من أحداث ووقائع.

مقدمة:

القانون حتمية اجتماعية لابد من توافرها لأنه "حيث يوجد مجتمع يوجد قانون " ويتوجب على هذا القانون الانطلاق من سوسيولوجية تضمن له البقاء إلا أنه وإن كان ساكنا فلا يمكن أن يقف جامدا دون حركة وظروف حركته هي التي تسعف القاضي في فهم روابط الأحوال ومطلقاتها[1] .

ومفهوم المقاولة كامتداد لهذه التطورات ظهر بعيدا عن المجال الاجتماعي حيث تعتبر المقاولة مفهوما اقتصاديا بحتا وحتى بعيد عن البناء القانوني حيث لا يعترف لها بالشخصية الاعتبارية كما أنها لا تحظى بتنظيم قانوني خاص بها ،ومع التطورات التشريعية التي عرفها المغرب أضحت المقاولة مفهوما مركزيا لقانون الأعمال بمعناه الواسع ، وإن كان أول استعمال لهذا الاستعمال يعود إلى سنة 1913 إذ أشار إليه ظهير الالتزامات والعقود في إطار الإجارة على الصنع طبقا للفصل 760 من الظهير المذكور تعتبر المقاولة البناء وغيرها من العقود التي يقدم

[1] بو جمعة أبو عزواري، علم الاجتماع القانوني، الطبعة الثانية، بدون ذكر المطبعة، سنة 2015 صفحة: 3.

فيها العامل أو الصانع المادة بمثابة إجارة على الصنع ، وكذا مدونة التجارة السارية التنفيذ حينئذ عند تصنيفها للأنشطة التجارية {تجعل المادة 2 من م.ت لسنة 1913 نشطا تجاريا مثلا، مقاولات النقل} اتضحت وترسخت أكثر عند سن النصوص المرتبطة بقانون الأعمال في بداية تسعينات القرن الماضي[2].

ليصبح مفهوم المقاولة مفهوما غامضا حسب استعمالها وأشكالها هناك ما هو فردي غير مهيكل وما هو جماعي كشركة تجارية وحسب تمويلها كذلك لنميز بين مقاولات عامة مملوكة بشكل أساسي للدولة وأخرى خاصة مملوكة من طرف الخواص ومقاولات تجارية أي أنها تمارس أحد الأنشطة التجارية وأخرى مدنية تمارس أحد المهن الحرة.

بالتالي المشرع لم بفرد تنظيما خاصا للمقاولة لكنه استعملها في عدة قوانين واتجاه الاجتماعي لها بدأ بالمقاولات التجارية حيث أفرد مكانة خاصة للبعد الاجتماعي والمتمثل في العمال حيث طرح في مجال صعوبات المقاولة قاعدة مفادها أن الموازنة تكون بين استمرار نشاط المقاولة والحفاظ على مناصب الشغل.

لكنه مع ظهور المقاولات الكبرى وسيطرتها على السوق وتكري مبادئ جديد يسعى إليها المشرع كالتنمية المستدامة والمحافظة على البيئة ودعم المقاولات الصغرى والمتوسطة ظهر ما يمكن أن نسميه المقاولات الاجتماعية حيث تنطلق من أبعاد اجتماعية غير تلك التجارية التي كالربح كمعيار أساسي مبدأ جوهري للمقاولة فبدأ وضع إطار القانوني للمقاولات الاجتماعية يجعلها قادرة على الدخول مع المقاولات الأخرى في سوق واحد تمثل أول قانوني لهذا في ميثاق المقاولات الصغرى والمتوسطة 2002 ليكرس بعض الامتيازات الهامة لهذا النوع من المقاولات وأتى بعد دستور 2011 لينشأ المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي كمؤسسة داعمة لهذا التوجه ثم القانون المتعلق بالتعاونيات 2014 وقانون المقاول الذاتي 2015 وبدأت ملامح ومظاهر هذا النوع من المقاولات .

[2] محمد الهادي مكنوزي، مفهوم المقاولة في التشريع المغربي القانون والأنشطة الاقتصادية، دراسات تكريما للدكتور عبد الرحمان زنان المركز متعدد التحصصات للبحث في حسن الأداء والتنافسية جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي ص 77.

والإشكالية المطروحة مدى انسجام الإطار القانوني للمقاولاتية الاجتماعية مع مظاهر وتطور هذا النوع من المقاولات؟ وبالتالي لمعالجة هذا الموضوع سنتناول محورين نتحدث في الأول عن الإطار القانوني للمقاولاتية الاجتماعية وفي المحور الثاني مظاهر المقاولات الاجتماعية.

المحور الأول: الإطار القانوني لإنشاء المقاولات الاجتماعية

المقاولة من خلال الدور الاقتصادي والاجتماعي الذي تلعبه داخل المجتمع مؤهلة فعلا بحكم طبيعتها للمساهمة الفعالة في التطور الذي يعرفه المجتمع على كافة المستويات ׳ لكن التصور الذي أصبح يهيمن حول المقاولة ومكانتها الحقيقية في عملية تحديث المجتمع يذهب إلى رهن هذا التحديث بدور القطاع الخاص في المجال الاقتصادي[3].

وتخل المشرع المغربي في القطاع الخاص من أجل دعم المقاولات ذات البعد الاجتماعي للمساهمة في النهوض بالمجتمع يظهر في عدة تدخلات جسدت نية المشرع في تطوير المجتمع عن طريق المقاولة تتبلور هذه النقاط أساسا في ميثاق المقاولات الصغرى والمتوسطة {الفقرة الأولى} والقانون المتعلق بالمقاول الذاتي كآلية حديثة {الفقرة الثانية}.

الفقرة الأولى: ميثاق المقاولات الصغرى والمتوسطة

تشكل المقاولات الصغرى والمتوسطة أساس النسيج الاقتصادي للمغرب. وتساهم بأعدادها الو افرة مساهمة إيجابية في النمو الاقتصادي وفي إحداث مناصب الشغل والتنمية الجهوية والمحلية غير أن مساهمتها تظل دون المستوى فيما يتعلق بالإمكانيات التي يمكن أن يتوفر عليها هذا الصنف من المقاولات ، وهو ما دعا الدولة للتدخل لتأطير هذا النوع من المقاولات، وذلك بالحديث عن القانون رقم 53.00 وكذا المرسوم رقم 2.20.831 المتعلق بالوكالة الوطنية للنهوض بالمقاولات الصغرى والمتوسطة وكذا المرسوم 2.02.350 بالمو افقة على المطبوع الموحد لإنشاء المقاولات و انطلاقا من هذه النصوص القانونية، تلتزم الدولة بإقرار إطار مؤسساتي للنهوض بالمقاولات الصغرى والمتوسطة يقوم على بنيات وآليات التشاور والحوار والشر اكة مع الفاعلين والمؤسسات التي تمثل المقاولات الصغرى والمتوسطة ׳وتعمل على تشجيع مساهماتها إلى جانب الجهات العامة على المستوى المحلي والإقليمي و الجهوي

[3] المقاولة والثقافة دراسة في عملية التحديث في المغرب الجزء الأول التغير الاجتماعي ورهانات العولمة لحبيب امعمري منشورات ما بعد الحداثة الطبعة الأولى 2010 ص 15-16.

TEL + 212 771394949 www.allbahit.com Majalatlbahit2017@gmail.com

والوطني في تنفيذ تدابير العون والمساندة التي تتخذ في مختلف الميادين التي تهم المقاولة الصغرى والمتوسطة [4].

وبناءا على ذلك سنتناول نقطتين أساسيتين تتمحور الأولى في تبسيط القواعد القانونية والإجراءات الإدارية من جهة {أولا} والإطار المؤسساتي للنهوض بهذا النوع من المقاولات من جهة أخرى {ثانيا}

أولا: تبسيط القواعد القانونية والإجراءات الإدارية

تعتبر المقاولة الصغرى أو المتوسطة في مدلول القانون السالف الذكر هي كل مقاولة يقوم مباشرة بتسييرها أو إدارتها أو هما معا، الأشخاص الطبيعيون المالكون لها أو الملاك الشركاء أو المساهمون فيها، إذا كان رأسمالها أو حقوق التصويت فيها غير مملوكة بنسبة 25 في المائة من لدن مقاولة أو عدة مقاولات لا ينطبق عليها تعريف المقاولة الصغرى والمتوسطة [5].

وعند قراءة المادة 22 من قانون 53.00 نجد أنه يمكن أن تستفيد المقاولات الصغرى والمتوسطة التي لا تزال طور الإحداث وتلك التي تثبت مزالة نشاطها منذ ثلاث سنوات على الأكثر من تكفل الدولة من جزء من النفقات المتعلقة بالخدمات المقدمة لها فيما يتعلق بالإعلام والإرشاد والمساعدة التقنية والخبرة والتكوين في مجال إدارة المقاولة إذا كانت تتوفر على الشروط التالية:

1 . فيما يتعلق بإنشاء المقاولات الحديثة يجب على المقاول أن يقدم دراسة تمهيدية للمشروع يتعين اعتمادها . ويمكن انطلاقا من المادة 3 مساعدة المقاول في إعداد المشروع و إنجازه.

---

[4] المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات العدد 23 '2003 سلسلة نصوص تشريعية وتنظيمية.

[5] المادة الأولى من القانون رقم 53.00المتعلق بميثاق المقاولات الصغرى والمتوسطة الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1,02.188 في 12 من جمادي الأول 1423 {23يوليو 2002} اعتبرت المادة أنه "يمكن تجاوز هذا السقف إذا كانت المقاولة مملوكة من لدن:

ـ صناديق جماعية للاستثمار كما هي معرفة في المادة 27 بعده.

ـ أو شركات استثمار في رأس المال كما هي معرفة في المادة 28 أدناه.

ـ أو هيئات رأس مال المجازفة كما هي معرفة في المادة 31 بعده.

ـ أو الهيئات المالية المؤهلة قانونا لالتماس التوفير لدى العموم قصد القيام بتوظيفات مالية.

2. كذلك فيما يتعلق بالمقاولات الحديثة يجب أن لا يتجاوز مجموع برنامج الاستثمار الإجمالي الأولي خمسة ملايين درهم وأن تقل نسبة الاستثمارعن كل منصب شغل مائة ألف درهم أو تعادلها.

3. فيما يتعلق بالمقاولات الموجودة ' يجب أن تتوفر المقاولة خلال السنتين المحاسبيتين الأخيرتين على عدد من المستخدمين الدائمين لا يتعدى خمسين شخصا و أن تثبت فيما يتعلق بالسنتين المحاسبيتين المذكورتين:

. إما تحقيق حصيلة سنوية إجمالية لا تتجاوزعشرة ملايين درهم

. إما تحقق رقم أعمال سنوي دون اعتبار الضر ائب لا يتعدى خمسة عشر مليون درهم[6].

نلاحظ أن المشرع تخلى عن المنطق التجاري الذي يقول أن السوق هو الحكم والفيصل و انساق للمعطيات الاجتماعية للمحافظة على وجود هذه المقاولة التي لا تمتلك من الثو ابت الاقتصادية ما يجعلها تنافس في السوق فبسط الشروط وخفف الواجبات.

ثانيا: الإطار المؤسسي للنهوض بالمقاولات الصغرى والمتوسطة

قررت المادة الر ابعة من القانون المحدث للمقاولات الصغرى والمتوسطة إنشاء مؤسسة عمومية تسمى " الوكالة الوطنية للنهوض بالمقاولة الصغرى والمتوسطة " تتمتع بالشخصية بالمعنوية والاستقلال المالي[7]، تخضع لوصاية الدولة وتمارس عليها رقابة لاحقة .

وتسعى هذه الوكالة إلى تحقيق جملة من المهام المنوطة بها والتي تتجسد في المساهمة في تنفيذ سياسة الدولة في مجال تشجيع المقاولة الصغرى والمتوسطة ودعمها بتنسيق مع القطاعات الوزارية ، كذلك القيام بمساعدتها التقنية من خلال برامج النهوض بإنشاء المقاولات التي تحدث بمبادرة من الجماعات المحلية والغرف والمنظمات المهنية ومؤسسات التربية والتكوين العامة والخاصة والمنظمات الخاصة التي لا تسعى إلى الحصول على الربح ، وكذا النهوض بخدمات الإعلام والإرشاد والمساعدة التقنية والخبرة و التكوين في مجال تسيير وإدارة المقاولة ، ومساعدة هذه المقاولات للتواصل مع الهيئات العامة المعنية فيما يتعلق بالولوج إلى الأسواق الخارجية وتملك التكنولوجيا الجديدة والتنمية والابتكار والجودة ، كما تقوم هذه

[6] المادة 22 في قانون رقم 53.00 المتعلق بميثاق المقاولات الصغرى والمتوسطة.
[7] أنظر المادة 4 من القانون 53.00 المنظم للمقاولات الصغرى والمتوسطة.

الوكالة بالمساعدة لتأسيس وتسيير الجمعيات والمجموعات والشبكات الخاصة بالمقاولات الصغرى والمتوسطة وتتبع وتقييم الأعمال والبرامج الهادفة إلى النهوض بهذا النوع من المقاولات[8].

كما تحدث نفس القانون عن إنشاء صندوق لدعم المقاولات الصغرى والمتوسطة يسمى "صندوق النهوض بالمقاولات الصغرى والمتوسطة "يعد لتمويل عمليات تكفل المنافع الممنوحة للمقاولات الصغرى والمتوسطة في إطار الاتفاقيات المنصوص عليها في المادتين 23و 24 من القانون المنظمة في إطار القانون 53.00.

الفقرة الثانية: المقاول الذاتي

يقصد بالمقاول الذاتي في القانون 13,114 هو كل شخص ذاتي يزاول باسمه الشخصي، وبصفة فردية ولحسابه الخاص، نشاطا تجاريا أو صناعيا أو حرفيا أو ينجز خدمة شريطة أن يقل أو يساوي رقم أعماله 500 ألف درهم بالنسبة للأعمال الصناعية أو التجارية أو الحرفية و 200 ألف درهم بالنسبة للخدمات[9].

ويهدف هذا القانون من بين مقتضياته، إلى حماية المقاول من بعض الإكراهات المرتبطة بإنشاء المقاولة، حيث أنه لا يجوز طبقا للمادة 4 من هذا القانون الحجز على ممتلكات المقاول الذاتي العقارية أو المنقولة غير المخصصة لممارسة نشاطه بسبب الديون المستحقة المتبقية بذمته والمرتبطة بالنشاط المذكور. حماية يريد بها المشرع دفع عدد كبير من العاملين في القطاع الغير المهيكل للانخراط في هذه البنية الجديدة قصد إدماجهم في بديل قانوني للأنشطة الغير مهيكلة من خلال منحها صفة قانونية .

وبالتالي يتضح أن المشرع يحاول من خلال هذا القانون تمكين المقاولات ذات البعد الاجتماعي من آليات القانونية تسمح لها بالدخول في العالم التجاري يتجلى ذلك في الامتيازات المقدمة لهذه المقاولة {أولا} والتوازن بين البعد الاقتصادي والاجتماعي {ثانيا}

أولا: الامتيازات المقدمة للمقاول الذاتي

---

8 أنظر المادة 5 من نفس القانون.

9 المادة الأولى من ظهير الشريف رقم 1.15.06 من ربيع الآخر 1436 {19 فبراير 2015} بتنفيذ القانون رقم 114.13 المتعلق بنظام المقاول الذاتي.

تناولت المادة الثانية من القانون المنظم للمقاول الذاتي مجموعة من الامتيازات ممنوحة للمقاولة تجسد ضمانات النجاح لهذه المقاولة للخروج من أزمة القطاع الغير مصنف تتجلى هذه الامتيازات في نظام ضربي خاص يأخذ بعين الاعتبار مكانة المقاولة من الناحية الاجتماعية لا من الناحية المالية للنهوض بها ، وكذلك الإعفاء من مسك المحاسبة المفروض في الشركات التجارية لكن للتخفيف تعقيد المعاملات وتبسيط الإجراءات اقتضى من المشرع إنشاء سجل جديد يتلاءم مع هذا المولود يسمى السجل الوطني و إعفاء هذه المقاولة من التسجيل في السجل التجاري[10].

لا شك أن هذه الامتيازات ستساهم في الرفع من الأهداف الاجتماعية لهذه المقاولة وهو ما يتضح من الإحصائيات التي تفيد أن عدد المقاول الذاتي يزداد يوميا.

ثانيا: الموازنة بين البعد الاجتماعي والاقتصادي في المقاول الذاتي

نجد أن المقاول الذاتي جاء كخليط بين ما هو تجاري وما هو اجتماعي من حيث أن تحديد الأنشطة التجارية التي يمكن له أن يمارسها يرجع فيها لمدونة التجارة في إطار المادة 6 وبالتالي يظهر دور التجاري للمقاول الذاتي غير أن استثناء هذا المقاول من التسجيل في السجل التجاري وإعطائه بعض الضمانات والامتيازات تأكد على البعد الاجتماعي الذي يحظى به المقاول الذاتي نستنتج أن علاقة الموازنة قائمة بين الطرح الاقتصادي والاجتماعي وأن هدف المشرع بعد خروج ميثاق المقاولات الصغرى والمتوسطة وقانون المقاول الذاتي والمؤسسات المنبثقة عن القانونية المسؤولة عن توفير مناخ مناسب للمقاولات ذات البعد الاجتماعي والاقتصادي وربطها الجهات الممولة والداعمة فالمشكل الأساسي والمحوري المطروح لهذا النوع من المقاولات هو التمويل لما له من عر اقيل و إكراهات تجعل المقاولة تموت في وقت مبكر.

المحور الثاني : مظاهر البعد الاجتماعي للمقاولاتية الاجتماعية

إن الحديث عن المقاولة الاجتماعية في المغرب مازال مبكرا لعدم اعتمادها في التشريع بشكل مباشر لكن يمكن الحديث عن مظاهر البعد الاجتماعي الذي نهجها المشرع حيث أنه تخلى عن مفاهيم الربح وتحكيم السوق إلى نمط آخر الهدف منه النهوض بالمجتمع على مستوى التنمية والمحافظة على البيئة وخلق اقتصاد اجتماعي تضامني ينطلق من المجتمع كنواة أساسية لخلقه

---

[10] القانون أنظر المادة الثانية من نفس.



وتحديثه وبالتالي دراسة المقاولة كجسد اجتماعي فهي فضلا الدور الذي تقوم به في مجال التشغيل فضاءا للتنشئة الاجتماعية ׳والتعليم والابتكار و إنتاج القيم والتأثير في نمط الحياة وتحقيق الذات بالنسبة للعاملين فيها فهي عنصر أساسي في عملية التحديث׳ في هذا الطرح أوكلت للمقاولة أدوارا مستخدمة حملت ضمنها مسؤوليات مجتمعية مختلفة أضافت لوظائفها الاقتصادية أدورا اجتماعية[11].

ومن أبرز مظاهر البعد الاجتماعي المقاولاتي التعاونية {الفقرة الأولى} والجمعية { الفقرة الثاني}

الفقرة الأولى: الأسس القانونية للتعاونيات والبعد الاقتصادي والاجتماعي

تشغل التعاونيات نشاطات مختلفة ومتنوعة جعلت منها في الآونة الأخيرة فاعلا اقتصاديا واجتماعيا بامتياز ومساهما فعليا في تحقيق التوازنات الاقتصادية والاجتماعية ׳ وهذا بفضل مجموعة من النصوص القانونية التي تؤطر تدخل هذه التعاونيات في الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية.

أولا: الأسس القانونية للتعاونيات

عرف المشرع التعاونيات في المادة الأولى من القانون 112.12 بكونها "مجموعة تتألف من أشخاص ذاتيين أو اعتباريين أو هما معا اتفقوا أن ينضم بعضهم لبعض لإنشاء مقاولة تتيح لهم تلبية حاجياتهم الاقتصادية والاجتماعية، وتدار وفق القيم والمبادئ الأساسية للتعاون مثل حق العضوية للجميع والديمقراطية في التدبير و الالتزام وغيرها"[12].

وطبقا للمادة الرابعة من نفس القانون، فالتعاونيات تعتبر أشخاص اعتبارية تتمتع بالأهلية القانونية الكاملة وبالاستقلال المالي. ويخضع تأسيسها وإدارتها وتسييرها وتحويلها وإدماجها و انفصالها وحلها وتصفيتها لأحكام القانون رقم 12.112 والنصوص التنظيمية المتخذة لتطبيقه.

[11] مقاربات للنشر والصناعات الثقافية للنشر المعرفة السوسيولوجية عند لحبيب المقاولة أفقا للتفكير امعمرني د.عبد الغني زياني 2017 ص83.

[12] أنظر الظهير الشريف رقم 1.14.189 صادر في 27 من محرم 1436 {21نوفنبر 2014} بتنفيذ القانون رقم 12.112 المتعلق بالتعاونيات , الجريدة الرسمية عدد 6318 بتاريخ 25 صفر 1436 {18 ديسمبر 2014}ص 8481.

من جهة أخرى ' فالعمل التعاوني الذي يعتبر الركيزة الأساسية للاقتصاد التضامني هو ذاك العمل الذي يقوم على أساس مجموعة من المبادئ المتضمنة في القانون رقم 12,112 السالف الذكروالتي تسعى إلى ضمان الأمن القانوني اللازم للتصرفات والمعاملات والأنشطة التي تمارسها التعاونيات وكذا حماية مصالح المنتمين إليها والمتعاملين معها. من أهم تلك المبادئ نذكر ما يلي:

1 . عدم التمييز بين الأفراد الراغبين في الانضمام إلى تعاونية معينة شريطة توفرهم على الشروط الموضوعية من طرف المؤسسين وحق كل متعاون الانسحاب منها دون الإضرار بسيرها بسبب انسحابه ووفق الشروط التي يحددها الفرع الثاني من الباب الثالث من القانون المذكور.

2 . مساواة المتعاونين في الحقوق مهما كان عدد الحصص التي يملكونها وتمتع كل واحد منهم بصوت واحد في الجمعيات العامة للتعاونية.

3 . وجوب ما زاد من موارد التعاونية على نفقات استغلالها بين المتعاونين بحسب العمليات التي أجروها مع التعاونية أو العمل الذي قدموه إليها ، وعدم جواز توزيع الفائض المدرج في الاحتياط على أعضاء التعاونية .

4 . اعتبار العضو في التعاونية شريكا يساهم بتقديم حصة مالية و"متعاونا" أي أن مشاركته في نشاط التعاونية التي ينتمي إليها تتجلى في صورة تقديمه إليها أو تمكينه إياها أموالا أو خدمة أو عملا.

5 . جواز إقامة التعاونيات التي لها أغراض مماثلة سواء فيما بينها ومع التعاونيات التي لها أغراض أخرى، علاقات في الميادين الاقتصادية والاجتماعية والتربوية ... [13]

كما نلاحظ من خلال المادة 9 من القانون المحدث للتعاونيات أنه سيتم إنشاء سجل خاص بالتعاونيات وهي بادرة مهمة تسعى إلى تبسيط إجراءات إنشاء التعاونيات. وقد صدر في هذا الإطار المرسوم التطبيقي رقم 2.15.617 في 24 مارس 2016 ليحدد قواعد تنظيم وتسيير سجل التعاونيات، حيث خصص مجموع من المقتضيات مفصلة في الفرع الأول { من المادة الأولى إلى

[13] الحسين الرامي المرتكزات القانونية للعمل التعاوني والجمعوي وتحديات تنمية الاقتصاد التضامني والاجتماعي، القانون أو لأنشطة الاقتصادية المركز متعدد التخصصات للبحث في حسن الأداء والتنافسية جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي ص 114-115.

المادة 12 للسجلات المحلية } والفرع الثانية { المواد 13. 14 و 15 } للسجل المركزي ، كما تم تكريس قواعد الحكامة الجيد والشفافية داخل التعاونية عن طريق بنية جديدة[14] .

كذلك إمكانية تحويل تعاونيتهم إلى شركة وفق المقتضيات المتضمنة في المادة 80 من القانون 112.12، كما أنه تم حذف الترخيص وتعويضه بالتسجيل في سجل التعاونيات ، وبتخفيض عدد الأعضاء المؤسسين من 7 إلى 5 لفتح المجال أمام الكفاءات وحاملي المشاريع وبهدف المزيد من فرص العمل ، وتقليص عدد الجهات المتدخلة في عملية التأسيس ، وتدعيم استقلالية التعاونيات وتقليص عدد وثائق الملف التأسيسي ،وتقليص آجال تأسيس التعاونية إلى غير ذلك من المقتضيات الهامة التي تروم تبسيط المساطر وضمان فعالية العمل التعاوني وتقوية دوره في تنشيط الحركة الاقتصادية [15].

رغم ما تناولناه من أسس قانونية لهذه التعاونيات ولما لها من بعد اجتماعي و اقتصادي فإنه يرى التقرير الصادر من المجلس الاقتصادي والاجتماعي أنه مازالت بعض الثغرات على مستوى هذا القانون خاصة في ما يتعلق الإنخراط في هده التعاونية حيث يتعين شرط إثبات مزاولة النشاط، كما أنه يفتقد الإنصاف لعدم تعامله مع خصوصية التعاونيات من حيث الضريبة[16] .

ثانيا: البعد الاقتصادي والاجتماعي للتعاونيات

بهدف تطوير أداء التعاونيات في السوق وجعلها قادرة على المنافسة رغم أهدافها الاجتماعية البحتة تمت إضافة مجموعة من المقتضيات لتجسيد الطابع الاقتصادي في القانون 112.12 والذي أكد المشرع من خلاله أن التعاونية تمارس عدة نشاطات من أجل:

.ضمان التنمية الاقتصادية والاجتماعية وتشجيع روح التعاونية ومبادئها لدى أعضائها .

---

14 مصداقا للقانون سابق الذكر في المادة 47 نصت على "يتم تسيير التعاونيات إما بواسطة مسير أو عدة مسيرين وإما بواسطة مجلس الإدارة... "
كما تضمنت المادة 48 أن مجلس الإدارة يتكون من متصرفين تنتخبهم الجمعية العامة العادية من بين أعضائها، ويجوز لها عزلهم في أي وقت.
15 الحسين الرامي مرجع سابق ص 115.
16 أنظر تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي، الاقتصاد الاجتماعي والتضامني رافعة لنمو مدمج إحالة ذاتية رقم 19/2015.

.تمكين أعضائها من تخفيف تكلفة الإنتاج وتحسين جودة المنتجات أو الخدمات وبيعها أو تسليمها للأغيار في أحسن الظروف .

.تنمية أعضائها وتثمينه إلى أقصى حد

يظهر من خلال القانون الحديد يسعى إلى "جعل المؤسسة التعاونية مقاولة قادرة على مواجهة المنافسة وتحديات السوق وتمكينها من القيام بأدوارها في مجال خلق الثروات وتوفير فرص الشغل [17]".

يمكن القول أن القانون الجديد المتعلق بالتعاونيات أتاح الفرصة أمام التعاونية للنهوض بالاقتصاد الوطني المساهمة في تحريك عجلته عن هيكلتها كمقاولة لها وزنها الاقتصادي من حيث الضوابط المنافسة في السوق والمضاربة وممارسة مختلف الأنشطة الاقتصادية وزيادة مساحة فرص الشغل أمام اليد العاملة كلها جوانب تشكر لهذا القانون وتأكد توجه المشرع في إحياء المقاولات الاجتماعية وإعطاءها مكانها لا من حيث الترسانة القانونية التي تسمح لها بممارسة نشاطها وتوفير مناخ اقتصادي مناسب لتطويرها .

الفقرة الثانية: الأسس القانونية للجمعيات و آفاقها الاقتصادية

بعد التطور وظائف الدولة المتدخلة وتنوع مصادر التمويل العمومي، عملت الجمعيات على تنمية أنشطتها لتشمل مجالات متعددة. فكل نشاط يستهدف تنمية اقتصاد الفرد و إنتاجيته يمكن أن يشكل مجالا لتدخل مختلف الفاعلين ولم يعد هناك فصل بين مجال اشتغال كل طرف من هذه الأطراف بل كلاهما يمتلكان شرعية ممارسة مجموعة من الوظائف الاقتصادية والاجتماعية , إذ ليس هناك صراع بين الفاعل الاقتصادي والاجتماعي بل هناك توجه لبناء أسس للتكامل والتعاون والشراكة بينهما بعد أن تم تجاوز التعارض التقليدي بين الأنشطة ذات المردودية المرتبطة بالمقاولة التجارية والأنشطة غير ذات المردودية المرتبطة بالقطاع العام و الجمعوي . فالفكرة تتعلق بالمصلحة العامة التي تظل محور كل التوازنات المجتمعية التي تسهر عليها الدولة[18] ولبيان ذلك لابد من التطرق الأسس القانونية المنظمة لهذه الجمعيات {أولا} ثم الآفاق الاقتصادية لها {ثانيا}

[17] مقطف من الورقة التقديمية لمشروع القانون رقم 112,12 الخاص بالتعاونيات أوردها الحسين الرامي في مقاله السابق الذكر ص 117.

[18] الحسين الرامي مرجع سابق ص 119.

أولا : الأسس القانونية للجمعيات

من المعروف أن الجمعية هي اتفاق بين شخصين أو أكثر من أجل السعي وراء غاية غير توزيع الأرباح، فشرط عدم توزيع الأرباح يجسد التركيز على البعد الاجتماعي والابتعاد عن المنطق التجاري ، ونلاحظ أن الجمعية وإن كانت لا تعتبر مقاولة بالمفهوم القانوني البحت لكن لها من المؤسسية وتناغم الأبعاد الاجتماعية مع الاقتصادية و مع تجاوز مفهوم الأنشطة الاقتصادية بمعناه الضيق أصبح من اللازم حسب تصوري اعتبار الجمعية مقاولة اجتماعية من حيث الاهتمام بالجانب الاجتماعي ومزالة بعض الأنشطة الاقتصادية .

ويعتبر الظهير الشريف 1.58.376 أو نص قانوني ينظم الجمعيات وأجري على هذا الظهير مجموعة من التعديلات خلال السنوات 2009،2006،2002،1973. [19]

وللدور الفعال للنسيج الجمعوي في عملية التنمية صدر منشور الوزير الأول حول الشراكة من الدولة والجمعيات والتي تستهدف الاستغلال المشترك للموارد البشرية والمالية بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية. كما أن جملة من التعديلات التي أدخلت على الميثاق الجماعي سنة 2009 استهدفت هي الأخرى بعض الإصلاحات الجوهرية حيث جعلت الجمعيات شريكا أساسيا للمجالس المحلية في تفعيل المقاربة الجديدة في مجال التنمية، وغير بعيد أتى دستور2011 بمجموعة من الآليات الهامة ، كالحق في تأسيس الجمعيات ،واعترافه بالوظائف التنموية لجمعيات المجتمع المدني وبدورها في صياغة السياسات العمومية.[20]

و في الإطار وتأكيدا للوظائف التنموية للجمعيات نص الدستور الجديد على كون مجالس الجهات ، ومجالس الجماعات الترابية الأخرى ، مطالبة بوضع آليات تشاركية للحوار والتشاور، لتيسير مساهمة المواطنات والمواطنين والجمعيات في إعداد برنامج التنمية وتتبعها ، وهو ما تم التأكد عليه في المادة 116 من القانون التنظيمي الخاص بالجهات ، فقد تضمين القوانين

---

[19] هي القوانين التالي: القانون رقم 75.00 صادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.206 بتاريخ 5 يوليوز 2002 منشور في الجريدة الرسمية عدد 5046 في 10 أكتوبر 2002.
القانون رقم 36.04 صادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.06.18 بتاريخ 14 فبراير 2006 منشور الجريدة الرسمية عدد 5397 بتاريخ 20 فبراير 2006.
القانون رقم 07.09 صادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.09.39 بتاريخ 18 فبراير 2009 منشور في الجريدة الرسمية عدد 5712 بتاريخ 26 فبراير 2009.

[20] منشور الوزير الأول رقم 7/2003 بتاريخ 27 يونيو 2003 حول الشراكة بين الدولة والجمعيات.



التنظيمية الخاصة بالجماعات الترابية المعتمدة لتنزيل مضامين الدستورالجديد مجموعة من المقتضيات الأخرى التي تأكد على الوظائف الاقتصادية والاجتماعية للجمعيات من أهمها :

.حق الجمعيات تسجيل العرائض المقدمة من قبلها والتي تم قبولها في جدول الأعمال .

.إمكانية إبرام الجهات في إطار الاختصاصات المخولة لها اتفاقيات للتعاون أو الشراكة مع الجمعيات المعترف لها بصفة المنفعة العامة من أجل إنجاز مشروع أو ذي فائدة مشتركة ، يتعلق الأمربمشاريع و أنشطة اقتصادية واجتماعية وثقافية وبيئية أوغيرها[21]. رغم المقتضيات القانونية التي ذكرنا تبقى الجمعيات بحاجة لإطار قانوني أكثر مرونة يفرق بين أنواع الجمعيات ويسهل من عملية التمويل الشراكة مع هذه الجمعيات.

ثانيا : البعد الاقتصادي والاجتماعي للجمعيات

عرفت الجمعيات تزايد مطرد منذ انطلاق المبادرة الوطنية للتنمية البشرية ،وقد تميز عملها بديناميكية ملموسة من حيث قدرتها على تعبئة الساكنة وإشراكها في صياغة و إنجاز المشاريع التنموية ومهتمة بقضايا المرأة والطفولة والشباب وبحقوق الإنسان والمواطن ومحاربة الأمية وتقوية الخدمات الصحية والبنيات التحتية والأنشطة الاقتصادية المدرة للتدخل لفائدة الفئات الهشة [22].

و على الرغم من ديناميكية الجمعيات التنموية ووظيفتها الأساسية في مجال تنمية الاقتصاد الاجتماعي والتضامني في السنين الأخيرة بفضل الترسانة القانونية الهامة الموجودة ، يوجه النسيج الجمعوي إكراهات وتحديات تحد من قدراته ونجاعة أنشطته ومبادراته . من أهم تلك الإكراهات تلك التي تكتسي طابعا قانونيا وإداريا ولكن أيضا تلك المرتبطة بصعوبة الولوج إلى التمويل ،و انعدام المقرات والتجهيزات ،وصعوبة تعبئة المتطوعين وضعف الموارد البشرية المؤهلة والقادرة على صياغة المشاريع والترافع عنها وجلب التمويلات الضرورية لإنجازها [23].

خاتمة:

[21] الحسن الرامي مرجع سابق ص 122.
[22] بينت الدراسة المنجزة من طرف وزارة الداخلية التي تحمل عنوان "النسيج الجمعوي في المغرب " أن 24في مائة من الجمعيات تشتغل في مجالات الأعمال الاجتماعية و 21 في مائة في مجال البيئة والتنمية المستدامة و 19 في المائة في مجالات الرياضة والترفيه، وأن نسبة الجمعيات التي تنشط في مجالات السياسة والدين وحقوق الإنسان تتراوح مابين1 و 3 في المائة حسب الدراسة
[23] تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي مرجع سابق.

عدم نظام قانوني خاص بالمقاولات الاجتماعية يجعل من الصعب إيجاد آليات قانونية واضحة تسير هذه المقاولات كما أن التمويل يبقى حجلا عثر أمام النهوض بها لأن هذا النوع من المقاولات يتسم بانخفاض رأس المال فهي فكرة تتسم الإبداع لكن ينقصها الدعم لكن قانون المقاول الذاتي يعتبر من أحسن الحلول التي وضعها المشرع أمام هذا النوع من المقاولات لما جاء به من ضمانات تجمع المستوى الاقتصادي والاجتماعي.

قائمة المراجع:

بو جمعة أبو عزواري علم الاجتماع القانونية الطبعة الثانية 2015.

محمد الهادي مكنوزي مفهوم المقاولة في التشريع المغربي القانون والأنشطة الاقتصادية دراسات تكريما للدكتور عبد الرحمان زنان المركز متعدد التحصصات للبحث في حسن الأداء والتنافسية جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي.

المقاولة والثقافة دراسة في عملية التحديث في المغرب الجزء الأول التغير الاجتماعي ورهانات العولمة لحبيب امعمري منشورات ما بعد الحداثة الطبعة الأولى 2010.

مقاربات للنشر والصناعات الثقافية للنشر 2017 ص83 المعرفة السوسيولوجية عند لحبيب المقاولة أفقا للتفكير امعمرني د.عبد الغني زياني.

الحسين الرامي المرتكزات القانونية للعمل التعاوني والجمعوي وتحديات تنمية الاقتصاد التضامني والاجتماعي، القانون أو لأنشطة الاقتصادية دراسات تكريما للدكتور عبد الرحمان زنان المركز متعدد التحصصات للبحث في حسن الأداء والتنافسية جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي.

تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي، الاقتصاد الاجتماعي والتضامني ر افعة لنمو مدمج إحالة ذاتية رقم 19/2015.

منشور الوزير الأول رقم 7/2003 بتاريخ 27 يونيو 2003 حول الشراكة بين الدولة والجمعيات.

المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات العدد 23 ’2003 سلسلة نصوص تشريعية وتنظيمية.

القانون رقم 53.00المتعلق بميثاق المقاولات الصغرى والمتوسطة الصادربتنفيذ الظهير الشريف رقم 1,02.188 في 12 من جمادي الأول 1423 {23يوليو 2002} .

ظهير الشريف رقم 1.15.06 من ربيع الآخر 1436 {19 فبراير 2015} بتنفيذ القانون رقم 114.13 المتعلق بنظام المقاول الذاتي.

الظهير الشريف رقم 1.14.189 صادر في 27 من محرم 1436 {21نوفنبر 2014} بتنفيذ القانون رقم 12.112 المتعلق بالتعاونيات , الجريدة الرسمية عدد 6318 بتاريخ 25 صفر 1436 {18 ديسمبر 2014}.

القانون رقم 75.00 صادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.206 بتاريخ 5 يوليوز 2002 منشورفي الجريدة الرسمية عدد 5046 في 10 أكتوبر 2002.

القانون رقم 36.04 صادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.06.18 بتاريخ 14 فبراير 2006 منشورالجريدة الرسمية عدد 5397 بتاريخ 20 فبراير 2006.

القانون رقم 07.09 صادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.09.39 بتاريخ 18 فبراير 2009 منشورفي الجريدة الرسمية عدد 5712 بتاريخ 26 فبراير 2009.

الدكتور عبداللطيف أكدي
أستاذ التعليم العالي مساعد كلية العلوم القانونية
والاقتصادية والاجتماعية بأكادير

النظام الأمني داخل المؤسسات السجنية بالمغرب

The security system inside prison institutions in Morocco

مقدمة:

استطاعت الحركات الحقوقية من خلال نشاطها المتمثل في الدفاع عن حقوق الانسان داخل المجتمعات العربية أن تكرس لثقافة جديدة فيما يخص حقوق الانسان، بحيث كان للحركة الحقوقية أثر كبير في تعزيز مسار حقوق الانسان على مستويين، بحيث يتمثل الأول في الضغط نحو دفع السلطة في المغرب إلى المصادقة على الكثير من المعاهدات والاتفاقيات الدولية ذات الصلة بحقوق الانسان، وإصلاح وسن مجموعة من التشريعات انسجاما مع التحولات المجتمعية والتطورات الدولية في هذا الشأن، ويرتبط الثاني بترسيخ ثقافة حقوق الانسان في أوساط المجتمع.

ومن البديهي أن مفهوم الأمن كان قاصرا على الأمن العسكري وفقط، إلا أنه أصبحنا في الحاضر أمام مفاهيم أمنية جديدة خاصة الأمن داخل السجون و ما يتطلبه من حيطة و يقظة في كل لحظة أو حين من قبل العاملين بالسجن.

ولما كانت الأجهزة الأمنية في الماضي تحافظ على مسافة فاصلة بينها و بين المعتقلين، فلا كلام ولا سلام معهم، كما أن معاملتها كانت تطبعها الصرامة والحزم بل تتعداها إلى وظيفة قمعية يتعرض فيها المعتقلون إلى التعذيب و التنكيل امتدادا لما كانوا يتعرضون له داخل المخافر[24]، وهو ما كان ينتج عنه أن هذه الأجهزة الأمنية لا تصل إلى حد معرفة سكنات و حركات المعتقلين و أفكارهم وهمومهم و تطلعاتهم، فقد ظهر من يدعو إلى أن تكون هذه الأجهزة الأمنية قريبة ما

[24]- عبد الرحيم عميمي، سجون المغرب تتحول إلى -مقابر- للسجناء مقال منشور في أسبوعية المشعل المغربية و الموقع الإلكتروني الحوار المتمدن - العدد: 1850 – 2007/03/10، منقول عن الموقع www.m.ahewar.org/s.asp?aid=90571&r=0.

أمكن لهؤلاء المعتقلين من أجل خلق هامش كبير من التفاعل من أجل الوصول إلى الهدف الأمني المنشود.

إن مفهوم الأمن يشمل كل ما يمكن أن يخل بالسير العادي للسجن كالفرار والتمرد، ويقصد به مجموعة من الأسباب التي تهدف إلى تحقيق الطمأنينة والسكينة والاستقرار داخل المجتمع، وهو مفهوم يرتبط ارتباطا وثيقا بالسلامة بمفهومها الواسع والذي يشمل سلامة الأشخاص الصحية والبدنية والفكرية وكذا سلامة الممتلكات بما في ذلك البنايات والمعدات والأمتعة، والتي أناط المشرع مهمة السهر على الحفاظ عليها للمؤسسة السجنية وباقي الأجهزة الأخرى المتدخلة في هذا المجال[25].

و قد نظم المشرع المغربي هذا الموضوع في المواد63 إلى 70 من القانون المنظم للسجون[26] بالمغرب رقم 23-98، و من المادة 35 إلى 54 من المرسوم التطبيقي للقانون المتعلق بتنظيم و تسيير المؤسسات السجنية[27]، كما نظمه في المادتين 620 و621 من قانون المسطرة الجنائية.

لقد حاول المشرع المغربي ضبط مختلف الإجراءات المتعلقة بالمحافظة على أمن المؤسسات السجنية كما عمل على تحديد اختصاصات بعض الأجهزة الساهرة على تحقيق الأمن داخل هذه المؤسسة سواء تعلق الأمر بأمنها الداخلي أو الخارجي.

و انسجاما مع ذلك، تكمن أهمية هذا الموضوع في إبراز مدى ملائمة التشريعات الوطنية في هذا المجال مع التشريعات الدولية خاصة مع القواعد الدولية لمعاملة السجناء هذا بالإضافة إلى تشخيص مدى نجاح محاولة التوفيق بين معادلة العقاب وكرامة الإنسان، بمعنى إقصاء مفهوم الانتقام واستحضار دور المؤسسة السجنية كعامل إصلاحي وكمؤسسة للتأهيل والتكوين من أجل إعادة الإدماج[28].

25- مولاي ادريس أكلمام، المحافظة على الأمن داخل المؤسسات السجنية و حماية حقوق الإنسان، مجلة إدماج العدد 4 2003، ص 30.

26- ظل المغرب يعمل بمقتضيات ظهيري 1916 و 1930 إلى حدود صدور قانون 23-98 الذي يعتبره الحقوقيون قفزة نوعية في تطور مؤسسة السجون بالمغرب. وذلك بالنظر إلى الحقوق التي جاء بها لفائدة السجين.

27- مرسوم رقم 2.00.485 صادر في 6شعبان 1421 (3نونبر2000) تحدد بموجبه كيفية تطبيق القانون رقم 23.98 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.99.200 بتاريخ 13جمادى الأولى 1420(25 اغسطس1999).

28- وظيفة العقوبة تغيرت من وظيفة الانتقام والردع إلى وظيفة إعادة إدماج السجناء في المجتمع وبتعبير آخر من عقوبة إيلامية إلى عقوبة ادماجية تأهيلية.



و عليه يقتضي حديثنا عن موضوع الأمن داخل المؤسسات السجنية أن نتناول في المبحث الأول الأجهزة التي تسهر على أمن المؤسسة السجنية على أن نتناول آليات ضبط الأمن داخل المؤسسة السجنية في المبحث الثاني.

المبحث الأول : الأجهزة المكلفة بحماية أمن المؤسسات السجنية

إن الكلام عن الأجهزة المكلفة بحماية أمن المؤسسات السجنية بين التنظيم والو اقع، يحتم علينا الحديث عن الأجهزة الساهرة على الأمن داخل المؤسسات السجنية (المطلب الأول)، ثم الأجهزة الساهرة على الأمن خارج المؤسسة (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الأجهزة الساهرة على الأمن داخل المؤسسات السجنية

أناط المشرع المغربي مسألة الحفاظ على أمن المؤسسات السجنية إلى أجهزة داخلية تتمثل في مدير المؤسسة السجنية والموظفين العاملين معه، وما يهمنا في هذا المحور هو دور الأجهزة في المحافظة على الأمن داخل السجن، مما يجعلنا نتساءل حول مسؤولية هذه الأجهزة في الحفاظ على الأمن داخل المؤسسة السجنية (الفقرة الأولى) ومن جهة أخرى ما هي الجزاءات التي رتبها المشرع على عدم تطبيق القواعد المتعلقة بالحفاظ على الأمن داخل المؤسسة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مسؤولية الأجهزة الداخلية في الحفاظ على الأمن داخل المؤسسة السجنية

تتمثل هذه الأجهزة بصفة رئيسية في مدير المؤسسة السجنية والموظفين والأعوان العاملين معه .

وبالرجوع إلى المواد 63 إلى 70 من القانون رقم 23.98 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية، والمواد من 35 إلى 45 من المرسوم الصادر بتطبيقه يتضح أن المسؤولية على الأمن الداخلي للمؤسسات السجنية تبقى عالقة على الموظفين التابعين للمندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج، فهي بخصوصه مشتركة بين المدير والموظفين التابعين للمؤسسة[29].

ورغم ذلك فمدير المؤسسة السجنية هو المسؤول المباشر عن حماية أمن المؤسسة وهو الساهر على التطبيق السليم والدقيق للضوابط المتعلقة بالحفاظ على النظام والأمن العام

29 ـ رياض عبد الغاني، تنفيذ العقوبات على مستوى المؤسسات السجنية، مكتبة دار السلام الرباط ، الطبعة الأولى، 2009، ص 126.

الداخلي للمؤسسة السجنية، كما أنه تبعا لذلك يعتبر قانونا مسؤولا إلى جانب باقي الموظفين بصفة قانونية وإدارية أمام إدارة السجون عن كل الحوادث أو حالات الهروب المترتبة عن إهمالهم أو لعدم مراعاة النظم والقوانين، وذلك بغض النظر عن مسؤوليته المباشرة، وهذا ما نصت عليه المادة 63 من القانون 23.98 المنظم للسجون[30]، والذي نص على ما يلي " يجب على مدير كل مؤسسة سجنية، أن يسهر على التطبيق الدقيق للضوابط المتعلقة بالحفاظ على النظام والأمن بداخلها .

يسأل تأديبيا على هذا الأساس عن كل الحوادث أو حالات الهروب الناتجة عن إهماله أو عن مراعاة النظم وذلك بصرف النظر عن المتابعات التأديبية التي يمكن تحريكها ضد موظفين آخرين "

ويتألف موظفو المؤسسة السجنية من حارس وقائد السجن حيث نصت المادة الثالثة من النظام الأساسي الخاص بموظفي المندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج على ما يلي "تشتمل هيئة الحراسة والأمن على الإطارين التاليين :

_ إطار حارس السجن

_ إطار قائد السجن

يقوم حارس السجن بمهام الأمن داخل المؤسسات السجنية ويقوم بمهام محددة على سبيل الحصر، حيث نصت المادة 4 على ما يلي " تناط بإطار حارس سجن مهام الحفاظ على أمن المؤسسات السجنية وسلامة السجناء طبقا للقوانين الجاري بها العمل، ويقوم على الخصوص بما يلي :

_ تفتيش المعتقلين عند الدخول أو الخروج من المؤسسة لأي سبب من الأسباب.

_ تأمين الحراسة بمختلف المراكز داخل المؤسسة السجنية.

_ مراقبة وتفتيش كل مرافق المؤسسات السجنية.

30- ظهير شريف رقم 1.99.200 صادر في 13 من جمادى الأولى 1420 (25 اغسطس 1999) بتنفيذ القانون رقم 23.98 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية، الجريدة الرسمية عدد 4726 بتاريخ 5 جمادى الآخرة 1420 موافق 16 شتنبر 1999 ص 2291.

_ إحكام إغلاق الأبواب والمسالك والتأكد من إخلاء الممرات ومسالك الطواف وفعالية إنارتها.

_ مراقبة وسائل الإغلاق بصفة دورية والتأكد يوميا من سلامة الإقفال والقضبان.

- استعمال السلاح عند الضرورة للحفاظ على أمن المؤسسة السجنية.

- مراقبة تحركات السجناء أثناء الأشغال العامة والفسحة.

- المساهمة في تنظيم وتسيير العمل على الأحياء والأجنحة داخل المعقل.

- التدخل في الحالات الاستعجالية والطارئة.

- القيام بجولات تفقدية بعد إغلاق الزنازين و أثناء الليل.

- تفتيش الزوار والمؤونة ومراقبة قاعة الزيارة.

- المساهمة في عملية خفر السجناء و أثناء القيام بترحيلهم إلى مؤسسات أخرى أو نقلهم إلى المستشفى.

- حراسة المصحة تأمين عمل الأطر الطبية وشبه الطبية[31].

أما قائد سجن فله مهام خاصة وهي على الشكل التالي:

- ادارة وتسيير شؤون المؤسسات السجنية.

- تدبير شؤون المعاقل.

- الاشراف على تنفيذ الخطط والبرامج الامنية.

- مراقبة فرق الحراسة والمساهمة في تكوينها.

- التأكد من التطبيق الدقيق للضوابط المتعلقة بالحفاظ على النظام والانضباط داخل المؤسسات السجنية.

- مساعدة طاقم المؤسسة في التدخل للحد من الاختلالات الأمنية.

---

[31]- مرسوم رقم 599_08_2 صادر في 8 ذي القعدة 1429 (7 نوفمبر 2008) بشأن النظام الأساسي الخاص بموظفي المندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج.



- مراقبة وتقييم سير العمل بالمعقل.

- مراقبة تسيير المصالح الاقتصادية بالمؤسسات السجنية.

ولكي يتم تفعيل هذه المقتضيات بشكل يؤدي للتوازن بين احترام كرامة السجين وأمن المؤسسة السجنية، أصبح لابد من إعادة التفكير في الموارد البشرية التي تعتبر أساس كل إصلاح، وذلك بتأهيل وتكوين الموظفين في مجال حقوق الانسان، وذلك لتؤدي المؤسسة السجنية دورها في التأهيل وإعادة الإدماج[32].

ولكي تؤدي هذه الأجهزة الأدوار المنوطة بها، لابد من مساءلتها عن كل إخلال بواجباتها المهنية، وذلك بفرض جزاءات تأديبية عليها وتحريك المتابعات القضائية، وهذا ما سنتطرق إليه في الفقرة الثانية.

الفقرة الثانية: جزاءات الإخلال بقواعد الأمن داخل المؤسسات السجنية

إن النظام المتبع في المؤسسات السجنية المغربية، والفكر السائد لدى كل الموظفين العاملين، والمسيرين هو السهر على تنفيذ الأحكام القضائية، وتشديد الأمن والحراسة بالإضافة إلى فرض الانضباط و الاحترام، غير أن الخروج عن هذا النظام يعد بحكم القانون إخلال بالمسؤولية المنوطة بها. بحيث تعرضهم لمخالفات تأديبية أو متابعات قضائية.

<u>أولا: العقوبات الادارية (الجزاءات التأديبية)</u>

يعتبر مدير المؤسسة السجنية المسؤول الأول على تطبيق القواعد المتعلقة بالحفاظ على الأمن داخل المؤسسة السجنية بالاضافة إلى الموظفين والأعوان العاملين معه، حتى تقوم هذه الأجهزة بالأدوار المنوطة بها في هذا المجال، كان لابد من وجوب مساءلتها على كل إخلال بواجباتها المهنية[33]، وهذا ما كرسته المادة 63 من قانون 23_98 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية في فقرتها الثانية التي تم ذكرها سابقا، على وجوب تطبيق المتابعات التأديبية في حق كل مسؤول أخل بمسؤوليته.

---

[32]- محمد أوجار، بمناسبة تقديمه للقواعد الدولية لمعاملة السجناء، مركز التوثيق والإعلام والتكوين في مجال حقوق الإنسان ، ص 6.

[33]- محمد أزيزبي، واقع السجون المغربية وأهدافها الإصلاحية، مطابع إفريقيا 2006، بدون طبعة، الدار البيضاء، ص: 134.

وتعد العقوبات التأديبية بصفة عامة وسيلة من الوسائل الادارية الرادعة، تطبقها الجهة المختصة بناء على نص قانوني من أجل ردع مرتكبي المخالفات داخل الجماعة الوظيفية بهدف المحافظة على النظام فيها.

فالموظف مسؤول عن كل الأعمال والأخطار التي يقوم بها إداريا ومهنيا، وكل إخلال أو إهمال لمهامه يعرضه إلى عقوبات تأديبية أو متابعات قضائية في حالة تلبسه أو مخالفته للنظم والقوانين الداخلية، التي تحكم عليه القيام بالعمل، والتزامه بكل انضباط ومسؤولية.

والمادة 44 من النظام الأساسي الخاص بموظفي المندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج[34] نصت على مجموعة من العقوبات التأديبية، بحيث نص هذا الفصل على ما يلي:

تشتمل العقوبات التأديبية المطبقة علي موظفي هيئة الحراسة والأمن، والمرتبة تصاعديا حسب تزايد درجة الخطورة علي ما يلي :

-الإنذار[35]

-التوبيخ[36]

-التشطيب من لائحة الترقي[37]

-النقل التأديبي علي نفقة المعني بالأمر

-التدحرج في الرتبة [38]

-التوقيف المؤقت على العمل لمدة لا تتجاوز ستة أشهر مع توقف الرجوع إلى الأسلاك على بحث حول مروءة وحسن أخلاق الموظف.

-التدحرج في الدرجة[39]

34- الرجوع للمرسوم رقم 2.08.599 بشأن النظام الأساسي الخاص بموظفي المندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة الادماج، صادر في 8 ذي القعدة 1429 (7 نونبر 2008) .

35- الانذار، هو إجراء لتحذير الموظف ويتخذ في المخالفات البسيطة أي يرتكبها هذا الأخير والهدف من هذا الاجراء هو دفع الموظف إلى عدم القيام بمثل هذه الأفعال وإلا سيتعرض لعقوبات أكثر صرامة.

36- التوبيخ: هو إجراء أشد من الانذار، ويأتي في درجة ثانية في سلم العقوبات، وقد تكون له انعكاسات سلبية على وضعية الموظف اذا أخد بعين الاعتبار من طرف الادارة في منح النقطة الخاصة بالترقية.

37- التشطيب من لائحة الترقي: هي عقوبة تؤدي إلى التشطيب على اسم الوظف من لائحة الترقي في الرتبة برسم السنة التي اتخد فيها القرار ويختص باقتراح هذه العقوبة المجلس التأديبي، وهذه العقوبة لاتقترح إلا في حالة ثبوت أن الموظف مقيد في جدول الترقي برسم السنة التي اتخذ فيها القرار.

38- التدرج في الرتبة: يقصد بها تخفيض رتبة الموظف إلى الرتبة الأدنى مباشرة، ولا تقترح هذه العقوبة في الحالة التي يمكن أن يترتب عن التدرج تغيير وضعية الموظف من رسمي إلى متدرب.

39- التدحرج في الدرجة: يترتب عليها إنزال الموظف من درجته الأصلية إلى درجة أدنى دون أن يترتب عليها إخراجه من إطاره. ولا تتخذ هذه العقوبة إلا في الحالة التي يكون فيها إطار الموظف مكون من عدة درجات ويكون في درجة أعلى من وجود درجة أدنى يمكن انحداره إليها.

الإحالة علي التقاعد التلقائي

-العزل مع الاحتفاظ بالحق في التقاعد

وتصدر العقوبات التأديبية الأربعة الأولى بقرار للمندوب العام لإدارة السجون وإعادة الإدماج دون استشارة المجلس التأديبي، أما باقي العقوبات فتصدربعد استشارة المجلس التأديبي وفق المسطرة المحددة في هذا المجال[40].

ثانيا: المتابعات القضائية

يقصد بالمتابعات القضائية كل مخالفة أو جنحة أو جناية يرتكبها الموظف وتكون موضوع مساءلة قضائية، ويكون هناك مجال لإعمال المتابعات القضائية في حالة ارتكاب الموظفين التابعين للمندوبية العامة لإدارة السجون لأخطاء تكتسي صبغة جنائية أو جنحية[41].

ويمكن تحديد بعض هذه الجرائم فيما يلي:

- جريمة التواطؤ على الهروب: نظم المشرع المغربي هذه الجريمة في الفصل 312 من ق.ج حيث اعتبر المشرع مرتكب هذه الجريمة كل من مكن أو ساعد على هروب أحد المسجونين، أو حاول ذلك ولو بغير علم السجين، بل ولو لم يقع الهروب فعلا أو محاولته من طرف السجين ويعاقب مرتكب هذه الجريمة بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات، كما يمكن أن يحكم عليه بالحرمان من مباشرة جميع الوظائف أو الخدمات العامة مدة تتجاوز عشر سنوات.

- الإهمال الذي يمكن أو يسهل الهروب والذي نص عليه الفصل 311من ق.ج يعتبر في حد ذاته شديد الأثر بالنسبة للموظفين المكلفين بحراسة السجناء أو نقلهم، لأنه لا يعاقب على المشاركة أو التواطؤ فقط و إنما لمجرد الإهمال.

هذا بالإضافة إلى مجموعة من الجرائم التي يمكن أن يتابع لأجلها موظف إدارة السجون, كالشطط في استعمال السلطة إزاء الأفراد (الفصول من 224 إلى 232 ق.ج) تواطؤ موظف (الفصول من 233 إلى 236 ق.ج)، تزوير الأوراق الرسمية أو العمومية (الفصول من 351 إلى 356 ق.ج).

40- مرسوم رقم 2.08.599، صادر في 8 ذي القعدة 1429 (7 نونبر 2008) بشأن النظام الأساسي الخاص بموظفي المندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج

41 مشروع اللامركزية واللاتمركز في مجال تدبير الموارد البشرية، دليل الشؤون التأديبية، المملكة المغربية، الطبعة الأولى يونيو 2004 ص: 11.

والجدير بالذكر أن التنصيص على الجزاءات التأديبية أو المتابعات القضائية ليس وحده الكفيل لضمان الحفاظ على الأمن داخل المؤسسة السجنية، بل يجب العمل على باقي العناصر سواء المادية المتمثلة في شكل البنايات وهندستها إذ يجب أن تستجيب للدور الذي أنشأت من أجله وهو الحفاظ على الأمن، أو البشرية منها حيث يجب التفكير في هذا العنصر الذي يشكل عماد كل إصلاح، فهذه النصوص الجديدة يجب أن يواكبها تكوين الموظفين[42]وتأهيلهم من أجل التطبيق السليم لمقتضياتها.

المطلب الثاني: الأجهزة الساهرة على الأمن خارج المؤسسة

يعد الحفاظ على الأمن داخل المؤسسة السجنية مسؤولية مشتركة بين المدير و الموظفين التابعين للمؤسسة، حسب ما ورد في المادة 63 من قانون 98-23 و المادة 35 من المرسوم التطبيقي للقانون المتعلق بتنظيم و تسيير المؤسسات السجنية، علما بأن الأصل في هاته المسؤولية يبقى دائما على عاتق مدير المؤسسة باعتباره هو الساهر على حماية الأمن و النظام الداخلي داخل المؤسسة السجنية و المسؤول المباشر عن الإشراف على إدارتها.

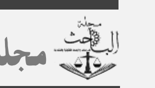
إلا أن الإمكانيات البشرية و المادية المحدودة للمؤسسة قد تدفعها إلى الاستعانة بجهات خارجية و هذا ما أكدته المادة 36 من المرسوم التطبيقي في الفقرة الأخيرة حيث تتوزع هذه الأجهزة إلى كل من الشرطة و الدرك (الفقرة الأولى) بالإضافة إلى اللجنة الإقليمية لمراقبة السجون (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: عناصر الشرطة و الدرك الملكي

حسب النشرة الإحصائية لسنة 2003 التي صدرت عن مديرية إدارة السجون فإن عدد المعتقلين في ذات السنة بلغ 54542 معتقل، في حين بلغ عدد المؤطرين العاملين بمختلف السجون 5151 موظفا بمن فيهم المكلفون بالحراسة والعاملين بمختلف مرافق السجون أي بمعدل موظف لكل 11 معتقل[43].

42- يجب على موظف السجن أن يكون ملما على الأقل بمبادئ أولية في علم الإجرام وعلم النفس وعلم الاجتماع وملما أيضا بقواعد المسطرة الجنائية، وأن يكون، وهذا هو الأهم، متشبعا بأبسط قواعد حقوق الإنسان، فلا ينبغي أن يميز في المعاملة بين المعتقلين بسبب العرق أو اللون أو الجنس أو الجنسية، أو الدين أو الرأي أو المركز الاجتماعي.

43- أي أن الكفاف التأطيري حاضر بامتياز بالنظر إلى سوء توزيع هؤلاء الموظفين وكونهم ملزمون بمهام متعددة و مختلفة بحيث يعتبرون مطالبين بالحفاظ عن الأمن والانضباط وفي نفس الوقت ملزمون بتلبية طلبات السجناء و تأمين مختلف أشكال اتصالهم بالعالم الخارجي و رئيس المعقل و بالتالي يتضح بجلاء أن عدد موظفي السجون لا يكفي لسد متطلبات السجناء.



و عليه، يتضح بجلاء أن عدد موظفي السجون لا يكفي لسد حاجيات السجناء إذا ما اعتمدنا المقاربة الكمية في التحليل.

لذلك نجد أن المشرع المغربي تفطن إلى هذه الوضعية ونص في الفقرة الثانية من المادة 36 من المرسوم التطبيقي على أنه في حالة تعرض المؤسسة السجنية لهجوم أو تهديد من الخارج[44] يتعين على مدير المؤسسة بمجرد تبليغه بالحادث الخطير[45] إشعار الضابطة القضائية سواء مصالح الأمن أو الدرك الملكي مع إخبار وكيل الملك و السلطة المحلية و إدارة السجون[46].

وانسجاما مع ذلك، يمكن في حالة وقوع حادث خطير أو التخوف من وقوعه داخل المؤسسة السجنية بحيث يتعذر معه على طاقم الحراسة التحكم في الموقف وإرجاع الأمور إلى نصابها والحفاظ على النظام بالوسائل المتوفرة لدى المؤسسة، يجب على مدير هذه المؤسسة أن يطلب التدخل والمساعدة من رئيس مصلحة الشرطة والدرك[47] مع إشعار السلطة المحلية ووكيل الملك والإدارة المركزية فورا.

كما أشارت المادة 37 إلى أن إدارة السجون تتكفل بتنسيق وتعاون مع السلطات المختصة بإنجاز خطة خاصة للوصول إلى الحفاظ على سلامة وأمن كل مؤسسة سجنية والتدخل السريع عند الاقتضاء .

و بناء على ما سبق، يتضح أن المشرع حدد انطلاقا من المواد السالفة الذكر حالات طلب المساعدة من الشرطة أو الدرك في الحالات التالية:

- الحالة التي تتعرض فيها المؤسسة السجنية لهجوم أو تهديد من الخارج.
- حالة وقوع حادث خطير داخل المؤسسة السجنية يتعذر معه على العاملين السيطرة عليه اعتمادا على الإمكانيات الذاتية للمؤسسة.

---

[44]- نفس الشيء بالنسبة للفصل 266 من المسطرة الجنائية الفرنسية: dans l’hypothèse d’une attaque ou d’une.. menace provenant de l’extérieur.

[45]- تتخذ الإجراءات في حالة الحوادث الخطيرة بنوع من الاستعجال والفورية وذلك عن طريق الإشعار الفوري للنيابة العامة والسلطة المحلية وإدارة السجون، والهدف من وراء ذلك كله هو إعادة المؤسسة السجنية إلى حالتها العادية.

[46]- رياضي عبد الغاني، مرجع سابق، ص 131.

[47]- إن سبب لجوء المشرع لهذه الإمكانية يتجلى أساسا في الانتقادات الموجهة له بخصوص نقص عدد الموظفين بالمقارنة مع عدد السجناء داخل المؤسسات السجنية، إلا أنه يعاب على هذا التنصيص بكون عناصر الدرك و الشرطة لم يتلقوا التدريب الملائم لمعاملة السجناء، و عليه يكون المشرع غير موفق في حالة الاستعانة بأجهزة الشرطة والدرك عند وقوع حادث خطير داخل المؤسسة.

الفقرة الثانية: اللجنة الإقليمية لمراقبة السجون

تنص المادة 620 من قانون المسطرة الجنائية بأنه يناط بهذه اللجنة الإقليمية لمراقبة السجون خصوصا مهمة السهر على توفير وسائل الصحة والأمن والوقاية من الأمراض وعلى نظام تغذية المعتقلين وظروف حياتهم العادية وكذا المساعدة على إعادة تربيتهم على المستوى الأخلاقي وإدماجهم اجتماعيا بعد الإفراج عنهم .

وتماشيا مع العناية التي يوليها قانون المسطرة الجنائية لنزلاء المؤسسات السجنية حيث إذا كانت التركيبة البشرية والقطاعية المكونة للجنة مشكلة من قبل من عامل العمالة أو الإقليم ورئيس المحكمة الابتدائية ووكيل الملك بها، فإنه وفي إطار هذه العناية قد أضاف إلى هذه الشخصيات قاضي تطبيق العقوبة ورئيس مجلس الجماعة اللذين توجد بدائرة ترابهما المؤسسة وممثلي قطاعات التربية الوطنية والشؤون الاجتماعية والرياضية والتكوين المهني وأعضاء متطوعين من الجمعيات والقطاعات الحيوية ذات الصلة بالعمل الاجتماعي والتربوي بالسجون[48].

هذا ويكمن الهدف من إنشاء هذه اللجنة في تفتيش المؤسسات السجنية و مراكز تهذيب الأحداث، ويكمن دورها أيضا في تقديم تقارير إلى الجهات المختصة ومقترحات من شأنها تحسين الأوضاع داخل السجون[49]، بالإضافة إلى توصيات في ذات الموضوع، و كذا مراقبة تطبيق العقوبة من أجل تحقيق غرضها الأساسي.

تقوم هذه الفعاليات القضائية والإدارية بزيارات ميدانية[50] لتفقد أحوال السجناء والسهر على توفير وسائل الأمن والوقاية من الأمراض، إلا أن الواقع يؤكد أن مجموعة من السلوكات المسيئة لوجه الإدارة العامة للسجون يغذيها انعدام التفتيش من طرف الإدارة نفسها ومن طرف أعضاء هده اللجنة[51] وفي نفس السياق أكد المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان سابقا[52]، بخصوص اللجنة الإقليمية لمراقبة السجون في تقريره الصادر في أبريل 2004 أنها لا تجتمع إلا

48- المادة 620 من قانون المسطرة الجنائية.

49- Publication du conseil consultatif des Droits de l'Homme, série « Etudes thématiques », Rapport sur la situation dans les prisons, avril 2004, p :25.

50- من الناحية الواقعية يلاحظ ندرة هذه الزيارات إن لم نقل منعدمة لأن الوالي و عامل العمالة أو الإقليم و كذا رئيس مجلس الجهة أو الجماعة يتحمل مسؤولية التزامات أخرى تكاد تجعل هذا الاختصاص الموكل له في هذا الشأن مستحيلا.

51- سجون المغرب تتحول إلى -مقابر- للسجناء :مقال منشور بأسبوعية المشعل و الموقع الإلكتروني ahewar.org أسبوعية المشعل المغربية ، الحوار المتمدن-العدد: 1850 - 2007 / 3 / 10 - 13:00، المحور: أوراق كتبت في وعن السجن.

52- يسمى حاليا بالمجلس الوطني لحقوق الإنسان Conseil national de Droits de l'Homme.



وفق تعليمات أو توصيات صادرة من طرف السلطات المركزية دون تحديد دورية لهذه الزيارات وهو ما يجعل عملها وزياراتها تتم بشكل غير مضبوط وفي تواريخ متباعدة مما لا يسمح بالاطلاع عن كتب على الأوضاع الاجتماعية والأمنية للمعتقلين[53].

كما أن الجمعية المغربية لحقوق الإنسان ذكرت في تقريرها أن هذه اللجان الإقليمية لمراقبة السجون مجمدة ولا تقوم بواجبها الذي تحتمه عليها المادتين 620 و621 من قانون المسطرة الجنائية وتضيف أن زيارتها تكون شكلية ولا يترتب عنها أي إجراءات عملية[54].

صفوة القول، بالرجوع إلى مختلف التقارير المنجزة بخصوص تقييم عمل هذه الأجهزة الأمنية الساهرة على ضمان الأمن داخل السجون، سواء التقارير الصادرة عن المجلس الوطني لحقوق الإنسان أو التقارير الصادرة عن المرصد المغربي للسجون أو تلك الصادرة عن منظمات حقوقية وطنية أو دولية، فإنه يمكن الوقوف على عدة اختلالات قانونية وأخرى عملية تنقص من فعالية عمل هذه الأجهزة.

لكل ذلك، فإن المقاربة الأمنية الصرفة والتي يطغى فيها هاجس الأمن أكدت مختلف التقارير المنجزة في هذا الشأن على محدوديتها لذلك وجب إعمال مقاربة أمنية جديدة لأن و اقع عمل الأجهزة الأمنية أصبح يفرض التحاور مع السجناء للتواصل معهم و ذلك لضبط أفكار و سلوك كل معتقل للوصول إلى إعطاء تقييمات أولية و مرحلية أو نهائية عن كل النزلاء، هذه التقييمات التي ستساعد لا محالة على تحقيق المقاربة الأمنية المسطرة من طرف إدارة السجن من جهة، كما ستساعد على إعادة إصلاح لشخصية كل معتقل كما أنها قد تساعد على الوقوف على الحالات الخطيرة التي تستوجب معاملتها بكثير من الحزم و الصرامة[55].

المبحث الثاني: آليات ضبط الأمن داخل المؤسسات السجنية

تناول المشرع المغربي الاجراءات الخاصة بأمن المؤسسات السجنية في المواد 64_65_67_68_69 من قانون السجون الجديد[56] والمواد من 35 إلى 45 من المرسوم التنظيمي، متوخيا من وراء هذا التنظيم خلق توازن بين الحفاظ على أمن واستقرار المؤسسات السجنية

53- تقرير خاص بالأوضاع في السجون صادر عن المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان سنة 2004 تمت ترجمته إلى العربية سنة 2008.
54- الجمعية المغربية لحقوق الإنسان: التقرير السنوي لسنة 2003.
55- مجلة إدماج- العدد الثالث- 2006،ص15.
56- ظهير شريف رقم 200_99_1 صادر في 13 من جمادى الأولى 1420 (25 اغسطس 1999) بتنفيذ القانون رقم 23.98 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية.

واحترام حقوق السجناء، وبحكم أن المغرب قد صادق على العديد من الاتفاقيات والعهود الدولية المتعلقة بحماية حقوق الانسان ومعاملة السجناء، الامر الذي أدى بالمشرع المغربي إلى تقنين ضوابط صارمة لاستعمال القوة ضد المعتقلين، وحصر حالات استعمال السلاح، كما نظم التفتيش وحدد كيفية مراقبة المراسلات، وهو ما سنتناوله في المطلبين التاليين.

المطلب الأول : استعمال القوة والسلاح ضد السجناء

السجن هو الحرمان من الاستقلالية فالشخص الذي يوضع في مؤسسة سجنية يخضع لقوانين وتعليمات وإجراءات محددة[57]، والأصل في أحكام المعاملة العقابية عدم جواز اللجوء إلى الوسائل القسرية في معاملة المحكوم عليهم لما في ذلك من مساس بكرامة هؤلاء، إلا أن المشرع المغربي أجاز بصفة استثنائية وإلى جانبه عدد من التشريعات استعمال تلك الوسائل لمواجهة أوضاع خاصة، لكن بقيود وشروط صارمة تحد من تعسف أو انحراف يخرج بتلك الوسائل عن الغاية المرجوة من إقرار اللجوء إليها[58] وذلك وفق الضوابط التي حددها القانون المنظم للسجون 23.98 والمرسوم التنظيمي لهذا القانون.

فقد نصت المادة 5 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه " لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب ولا المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية الحاطة بالكرامة"[59] وبناء عليها حدد قانون تنظيم وتسيير المؤسسات السجنية والمرسوم المحدد لكيفية تطبيقه ضوابط استعمال القوة في مواجهة المعتقلين أو الغير، وحصر حالات استعمال السلاح.

الفقرة الأولى: استعمال القوة

انطلاقا من المادة 64 من قانونا 23.98 يتبين أن المشرع المغربي حظر على موظفي المؤسسات السجنية استعمال القوة ضد المعتقلين كمبدأ عام، إلا أننا نجده استثنى ذلك من أجل حفظ الأمن داخل المؤسسات السجنية بحيث حدد مجموعة من الحالات على سبيل الحصر أجاز من خلالها استعمال القوة ضد المعتقلين وهي كالتالي:

_ في حالة الدفاع المشروع لمواجهة اعتداء حال غير مشروع من طرف المعتقل، على أن يكون فعل الدفاع مناسبا مع خطورة الاعتداء وفق الضوابط والشروط المقررة لحالة الدفاع

57- عايد عواد الوريكات، نظريات علم الجريمة، دار الشروق، طبعة 2008،ص286.
58- عبد العالي حفيظ، صلاحيات قاضي العقوبات في القانون المغربي، الطبعة الأولى 2005، ص 130.
59- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 دجنبر 1948.

الشرعي في القانون الجنائي، ويشترط في هذه الحالة أن يكون استعمال القوة في مكان ووقت الهجوم من طرف المعتقل.

_ عند محاولة النزيل من الهروب من المؤسسة السجنية.

_ عند القبض على المعتقل الهارب.

_ عند وجود مقاومة باستعمال العنف من طرف المتعلقين.

_ في حالة عدم الامتثال للأوامر وفي هذا تنص المادة 29من المرسوم 3 نونبر 2000 على أنه" يجب على المعتقلين الامتثال لتوجهات الموظفين الذين لهم سلطة داخل المؤسسة وذلك في كل ما يتعلق بتنفيذ المقتضيات المنظمة للسجون " أي أنه يجب أن تكون هذه الأوامر أو التوجهات التي يجب على السجين الامتثال لها يجب أن تكون مشروعة غير مخالفة للمقتضيات المنظمة للسجون.

و انطلاقا من الفقرة الثانية من المادة 64 يتضح أن المشرع اشترط أن يكون استعمال القوة منحصرا في حدود ما هو ضروري للتحكم في المعتقل المتمرد دون إفراط أو مغالاة في استعمال القوة و عليه فالقوة ما هي إلا و سيلة لشل حركة المعتقل، فالهدف من هذه الأخيرة هو حفظ الأمن داخل المؤسسات السجنية إلا أن ذلك لا يجب أن يتم على حساب كرامة السجناء حتى لا تنتقل هذه الوسيلة إلى ذريعة للانتقام من المعتقلين وهو ما يجب على الموظفين أثناء أدائهم لمهامهم أن يتحلوا بخصال حميدة بالشكل الذي يفرض احترامهم للمعتقلين ويجعلهم يؤثرون فيهم تأثيرا حسنا، وهذا ما أكدته المادة 2 وكذلك المادة 4من المرسوم على أنه" يجب على الموظفين معاملة السجناء معاملة حسنة تقوم على المساواة وبدون تميز" لكي تقوم المؤسسة السجنية بعمل أسمى ألا وهو التهذيب والإصلاح .

إن المشرع المغربي قد خطى خطوة حسنة في هذا الإطار بتوافقه مع روح الاتفاقيات الدولية، وما يزكي هذا الطرح هو ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 54 من القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء التي تنص على أنه " لا يجوز لموظفي السجون أن يلجؤوا إلى القوة في علاقتهم مع السجناء إلا دفاعا عن أنفسهم أو في حالات الفرار أو المقاومة الجسدية بالقوة أو الامتناع السلبي لأمر يستند إلى القانون أو الأنظمة، وعلى الموظفين الذين يلجؤوا إلى

القوة أن لا يستخدموها إلا في أدنى الحدود الضرورية وأن يقدموا فورا تقريرا عن الحادث إلى مدير السجن ".

فما هي حالات استعمال السلاح ووسائل الإكراه الأخرى.

الفقرة الثانية: حالات استعمال السلاح

يقصد بالسلاح هنا المسدسات والبندقيات التي عادة يحملها الحارس المكلف بالباب الرئيسي وحراس الأبراج وحراس الأوراش الخارجية ولا سيما السجون الفلاحية وكذلك المكلف بالخفر، وهناك أسلحة غير متداولة يحتفظ بها المقتصد ولا تستعمل إلا إذا وقع طارئ خطير يستوجب التدخل السريع، وكل هذه الأسلحة تكون تحت المراقبة الدقيقة والصيانة، ولا يتم توزيعها على المؤسسات إلا بتنسيق مع قيادات القوات الخارجية .

ونجد المشرع المغربي انطلاقا من المادة 65 من القانون المنظم للسجون أنه اشترط شروط خاصة لحالات استعمال السلاح في حالة اللجوء إليه من مخاطر وما يترتب على ذلك من نتائج وخيمة على مستوى المؤسسة أو على مستوى الأشخاص.

<u>حالات استعمال السلاح ضد المعتقلين أو الأغيار</u>

- عند تعرض الموظفين للعنف أو لاعتداء خطير، أو في حالة تهديدهم من طرف أشخاص مسلحين، أو عند استهدافهم بإلقاء قذائف خطيرة عليهم.

- عند عدم تمكن موظفي المؤسسة السجنية من الدفاع بطريقة عن المؤسسات والمراكز التي يحرسونها، والأشخاص الذين هم في عهدتهم، أو إذا تعرضوا لمقاومة ولم يكن بإمكانهم ردها باستعمال السلاح.

- عندما يحاول المعتقلون الإفلات من حراستهم، ولا يتأتى ضبطهم إلا باستعمال السلاح.

- إذا حاول أشخاص الدخول إلى المؤسسة أو دخلوا إليها، ولم يمتثلوا للإنذارات الموجهة إليهم، وحاولوا الإفلات من البحث عنهم أو إلحاق ضرر بسلامة وأمن الحراس والمعتقلين أو المؤسسة.

وما يلاحظ على المادة 65 أنها لم تحدد ما مدى مقدار هذا العنف الذي يمكن رده بالسلاح، وإنما جاءت عبارة العنف عامة وغامضة.

_ شروط استعمال السلاح ضد المعتقلين أو الأغيار

+ أن يستعمل من طرف الموظف أثناء ممارسته لوظيفته (المادة 65)

+ أن يتم توجيه إنذارات قبل استعمال السلاح (المادة 65)

+أن يستعمل السلاح في نطاق الحدود الضرورية للتحكم في الوضع، وهذا ما أشارت إليه المادة 38 من المرسوم التطبيقي.

وبالرجوع إلى الفقرة الثالثة من المادة 54 من القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء نجدها تنهي على أنه" لا ينبغي للموظفين الذين يقومون بمهمة تجعلهم في تماس مباشر مع السجناء أن يكونوا مسلحين، إلا في ظروف استثنائية و بالإضافة إلى ذلك لا يجوز أيا كانت الظروف، تسليم سلاح لأي موظف، ما لم يكن قد تم تدريبه على استعماله ".

ويتضح مما سبق أن استعمال السلاح لا يصبح ضروريا إلا إذا لم يتأتى ضبط الوضع.

أما فيما يخص وسائل الإكراه الأخرى فتتمثل في وضع الأصفاد للمعتقلين عندما يتم نقلهم أو إخراجهم من المؤسسة وكلما استدعت الضرورة ذلك، غير أنه يتعين إزالة هذه الأصفاد عند مثول المعتقل أمام السلطات القضائية، وهذا ما نصت عليه المادة 33 من القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء التي نصت على أنه "لا يجوز أبدا أن يستخدم أدوات تقييد الحرية، كالأغلال والسلاسل والأصفاد و ثياب التكبيل كوسائل للعقاب. وبالإضافة إلى ذلك لا يجوز استخدام السلاسل أو الأصفاد كأدوات لتقييد الحرية، أما غير ذلك من أدوات تقييد الحرية فلا تستخدم مثلا إلا كتدبير للاحتراز من هروب السجين خلال نقله، شريطة أن تفك بمجرد مثوله أمام سلطة قضائية أو إدارية.

مجمل القول في هذا الصدد، في الحالات و الظروف التي لا تسمح باستتباب وتأمين حراسة المعتقل على نحو معين يتم اللجوء إلى استعمال الأصفاد و هو بذالك إجراء استثنائي في حين أن الأصل هو عدم و ضع الأصفاد إذا كانت ظروف الأمن و سلامة المؤسسة في حالة عادية لا يخشى معها أي اخلال بالنظام الداخلي للمؤسسة أو مس بشخصية المعتقل.

المطلب الثاني: التفتيش ومر اقبة المراسلات

في إطار ضبط أمن المؤسسة السجنية، ينص القانون على ضرورة مراقبة مراسلات المعتقلين (الفقرة الأولى) كوسيلة للاتصال بالعالم الخارجي وكذا تفتيش المعتقلين (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التفتيش

أصبح الأمن داخل المؤسسات السجنية يأخذ اهتمام المكلفين بهذا المجال، وارتباط مع المنظومة الجديدة لقانون 23.98 نجد المشرع حرص على تحقيق التوازن بين المقاربة الأمنية وضمان حقوق الإنسان، وبالطبع يعد التفتيش من أهم الآليات التي ترمي إلى حفظ الأمن داخل المؤسسات السجنية، وذلك لما له من أهمية في ضمان الحياة الأمنية لصالح الدولة والمجتمع من زاوية، وحماية المعتقل من زاوية أخرى.

و يجب أن يكون التفتيش من قبل مفتشون مؤهلون وهذا ما نصت عليه المادة 55 من القواعد الدنيا لمعاملة السجناء على أنه " يجب أن يكون هناك تفتيش منتظم لمؤسسات السجون وخدماتها ويكلف به مفتشون مؤهلون ذو خبرة تعينهم سلطة مختصة، وعلى هؤلاء المفتشون بوجه خاص واجب الاستيفاء من كون هذه المؤسسات تدار طبقا للقوانين والأنظمة وعلى قصد تحقيق أهداف الخدمات التأديبية والإصلاحية"، هذا بالإضافة إلى أن القيام بالتفتيش الدوري هي أدوات التدخل العملية كي لا يتسرب أي محظور، أوأشياء خطيرة، أورسائل مجهولة أو اخلال بنظام السجن.

و انسجاما مع ذلك، ستكشف الزيارات المفاجئة للقضاة، لو كانت على المستوى العملي، عن الصورة الحقيقية و سيترتب عليها نتائج بالغة الأهمية سواء على مستوى إدارة المؤسسة السجنية أو على المعتقلين و كذا على تحقيق إعادة الإدماج[60].

وباستقرائنا للمادة 68 من ق 23.98 نجد المشرع المغربي منح سلطة واسعة للمدير لكونه لم يحدد الحالات التي تسمح باللجوء إلى هذا الإجراء الأمني، خصوصا أن المادة أعلاه جاءت على سبيل المثال لا الحصر، في حين نجد المادة 14من القانون النموذجي العربي الموحد لتنظيم السجون ينص على ما يلي " يجب أن يفتش كل مسجون عند دخوله السجن، وأن يؤخذ ما يوجد

[60]- رياضي عبد الغاني، تنفيذ العقوبات على مستوى المؤسسات السجنية، الطبعة الأولى 2009،ص166.

معه من ممنوعات ونقود وأشياء ذات قيمة، وتودع بخزانة السجن، وتسجل في سجل خاص يسلم إليه عند إفراج عنه، ما لم يرغب في تسليمها لشخص معين."[61]

ومما ينبغي الإشارة إليه أن الفقرة الأولى من المادة 68 جاءت بعبارة "في كل حين " مما قد يجعل من استعمال التفتيش ينقلب إلى وسيلة استفزازوتنكيل بالسجناء،

ويتم تفتيش المعتقلين بواسطة أشخاص من نفس الجنس[62] صون لكرامة السجناء، ولكن رغم تفتيش الذي يتم بعد فترات الزيارة نجد داخل المؤسسات السجنية تواجد المخدرات وهناك من يتاجرفيها داخل المؤسسة، لأن أساليب التفتيش لا تزال تقليدية تعتمد على أساليب يدوية الأمرالذي يسهل عملية[63] ولوج المخدرات إلى أغوار السجون.

رغم ذلك يبقى التفتيش إجراء وقائي يهدف منع حصول ما من شأنه إحداث اضطراب في الأمن والسلامة داخل السجن.

الفقرة الثانية: مر اقبة المراسلات

أما فيما يتعلق بالمراسلات التي تعتبر وسيلة للاتصال بالعالم الخارجي[64]، فإنها في إطار المقاربة الأمنية قد تشكل خطرا يهدد سلامة المؤسسة السجنية، مما دفع بالمشرع المغربي إلى تنظيم المراسلات كآلية من آليات ضبط الأمن، وما يستشف من المادة 67 أنه يحق للمعتقلين تلقي الرسائل وتوجيهها إلا أنها تقرأ وتخضع للمر اقبة سواء أثناء توجيهها أو تلقيها، ويمكن حجز المراسلات إذا كانت تحتوي على تهديدات ضد سلامة الأشخاص أو أمن المؤسسات، إلا أن المراسلات المتبادلة بين السجين ومحاميه الذي يؤازره لا تخضع لهذه المر اقبة.

ويمنع أيضا إيصال أوإخراج رسائل أومبالغ نقدية أوهاتف نقال أوأي شيء آخروهذا ما نصت عليه المادة 45 من القانون العربي المذكورسابقا على أنه "يسمح للمسجون مراسلة ذويه وأصدقائه، واستقبال رسائلهم، ما لم تقرر إدارة السجن أن المراسلة تضر بالأمن، فيجوز لها أن تر اقبها أو تقيدها.

61- القانون النموذجي العربي الموحد لتنظيم السجون، اعتمده مجلس وزراء العدل العرب كقانون استرشادي في دورته 16 بالقرار رقم365_د16_16_11_2000.
62- ليس و فقط صونا لكرامة السجناء ولكن تجاوبا و تعاليم ديننا الحنيف.
63- إن عملية ولوج المخدرات إلى أغوار السجون تتم وفق طرق جد حديثة و بطرق ذكية يستعصي فهمها ويستحيل معها ضبطها.
64- يراسل المعتقلون بالإضافة إلى عائلتهم وأصدقائهم الجرائد و الجمعيات الحقوقية.

و في نفس السياق، يملك المعتقل حرية استعمال المراسلات كوسيلة للتعبير و التشكي للجهات المعنية بالأمر[65].

خاتمة:

رغم كل ما سبق التطرق إليه إلا أن الو اقع العملي يطرح تناقضا بين الأمن داخل السجون وحقوق السجناء، وما يغذي هذا التناقض علاقة التوتر السائدة بين المسؤولين على السجون والسجناء في ظل ثقافة تحتقر السجناء وتنظر للسجون كأماكن للعقاب فقط، إذ أن إشكالية الأمن وحقوق السجناء هي إشكالية عامة، إلا أنها تتأثر في المغرب بعوامل إضافية منها، ضعف التجهيزات والإمكانيات المتاحة لهم، المستوى الثقافي العام ومستوى الوعي بالحقوق وضرورة احترامها لدى طرفي المعادلة السجنية.

إن مناقشة إشكالية الأمن وعلاقتها بحقوق السجناء يجب أن تستحضر كافة القو انين الدولية والوطنية المتعلقة بالسجون، ولا من الاهتمام بأدبيات المنظمات الحقوقية المحلية والدولية، إذ لم يعد مقبولا اليوم أن نجد مدير المؤسسة السجنية غير متتبع لعمل المنظمات الحقوقية المهتمة بأوضاع السجون والسجناء أدبياتها[66].

كما نحث على التكوين المستمر لموظفي إدارة السجون في مجال حقوق الإنسان وقواعد معاملة السجناء، وكذا المساهمة مع الجمعيات الحقوقية لتأهيل السجناء من أجل إعادة الإدماج بعد مغادرة السجن مع ضرورة إحداث مراكز لاستقبالهم وتوجيههم حتى لا تتحقق ظاهرة العود.

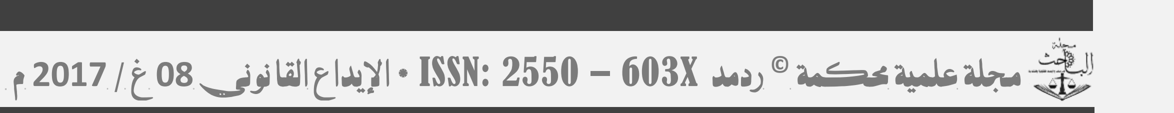
ومما لاشك فيه أن تنامي حركة حقوق الإنسان سيزيد من الاهتمام بالمؤسسات السجنية و أوضاعها لتحقيق أهداف العقوبة.

لائحـــة المراجـــع

الكتب:

65- رياضي عبد الغاني، مرجع سابق،ص 128.

66- مركز التوثيق والإعلام والتكوين في مجال حقوق الإنسان، القانون الجديد للسجون والمعايير الدولية لمعاملة السجناء، أشغال الدورة التكوينية، ص 84_85_86.



- رياض عبد الغاني، تنفيذ العقوبات على مستوى المؤسسات السجنية، مكتبة دار السلام الرباط ، الطبعة الأولى 2009.

- أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح، شرح القانون الجنائي المغربي، القسم العام، الطبعة الأولى 1980.

- محمد أزيزبي، و اقع السجون المغربية وأهدافها الإصلاحية، مطابع افريقيا الشرق، الدار البيضاء، بدون طبعة، 2006.

- عايد عواد الوريكات، نظريات علم الجريمة، دار الشروق، بدون طبعة ، 2008.

- مشروع دعم اللامركزية واللاتركيز، في مجال تدبير الموارد البشرية، دليل الشؤون التأديبية، المملكة المغربية، الطبعة الأولى، يونيو 2004.

Benoit Chabert et Pierre-Olivier Sur : Cours de droit pénal général, 2 édition _ .1997, DALLOZ

التقارير:

- تقرير خاص بالأوضاع في السجون، صادر عن المجلس الإستشاري لحقوق الإنسان سنة 2008.

- الجمعية المغربية لحقوق الإنسان، التقرير السنوي، سنة 2003.

- الإعلان العالمي لحثوث الإنسان، الصادر في 10 دجنبر 1948.

القوانين:

-القواعد الدنيا النموذجية لمعاملة السجناء.

- القانون النموذجي العربي الموحد لتنظيم السجون، اعتمده المجلس الوزراء العدل العرب كقانون استرشادي، دورة 16، 2000.

- قانون رقم 23.98 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية.

- القانون الجنائي.

- قانون المسطرة الجنائية.

- النظام الأساسي الوظيفة العمومية، ظهير شريف رقم 008_58_1 المؤرخ في 24فبراير 1958.

- محمد أوجار، بمناسبة تقديمه للقواعد الدولية لمعاملة السجناء، مركز التوثيق والإعلام والتكوين في مجال الحقوق الإنسان.

مقالات:

- مولاي ادريس اكلمام، المحافظة على أمن داخل المؤسسات السجنية وحماية حقوق الإنسان، مجلة إدماج، العدد 4، 2003.

- عبد الرحيم عميمي، سجون المغرب تتحول إلى مقابر للسجناء، أسبوعية المشعل المغربية.

الدكتور مصطفى السعيدي

حاصل على شهادة الدكتوراه كلية الشريعة بفاس جامعة سيدي محمد بن عبد الله - أستاذ التعليم الثانوي التأهيلي

البناء على ملك الغير بين إشكالات الواقع وآفاق الإصلاح

Building on the property of others between the problems of reality and the prospects for reform

الملخص:

يعتبر حق الملكية من أهم الحقوق العينية الأصلية التي عملت مختلف المنظومات التشريعية عبر العالم إلى حمايتها وصيانتها من كل تشويش أو اعتداء الذي يمكن أن يلحق بها كما هو الحال حال إحداث بنايات أو منشآت على ملك الغير؛ الذي يعد حالة استثنائية وأمرا شاذا عمل كل من الفقه المالكي والمشرع المغربي من خلال مدونة الحقوق العينية على التصدي له ومعالجته بما يضمن حقوق كل من المالك الأصلي، وكذا الباني خاصة حال كونه حسن النية. الأمر الذي يجعل من هذه الأخيرة – أي النية – معيارا أساسيا وضابطا مهما لترتيب الجزاءات الفقهية والآثار القانونية وخاصة ما يتعلق منه بمقدار التعويض.

summary:

The right of ownership is considered one of the most important original in -kind rights that have worked various legislative systems across the world to protect and maintain them from all confusion or aggression that can be attached to it, as is the case with buildings or facilities on the property of others; Which is an exceptional case and anomalous matter, the work of both the Maliki jurisprudence and the Moroccan legislator through the Code of Rights in kind to address it and address it in a way that guarantees the rights of both the original owner, as well as the builder, especially if it is goodwill. This makes the latter – i.e. intention – a basic criterion and an important control for arranging jurisprudential sanctions and legal effects, especially with regard to the amount of compensation.

تمهيد:

الحمد لله رب العالمين، القاضي بين عباده بحكمه، العدل في قضائه، له الشكر كما ينبغي لجلال وجهه ولعظيم سلطانه، القائل في محكم تنزيله: "وَ أَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقاً لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيْمِناً عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللّهُ" وأصلي وأسلم على سيدنا وحبيبنا محمد – صلى الله عليه وسلم - إمام القضاة وسيد الخلق المبعوث رحمة للعالمين وعلى من سار على نهجه و اقتفى أثره إلى يوم الدين.

أما بعد، فيعد العقار أساس كل سياسة تنموية للدولة لكونه أساس الاستقرار، والمحور الذي يقوم عليه الأمن القانوني، وركيزة النهوض بمجال التعمير والتخطيط العمر اني، لذا نجد أن كلا من الفقه المالكي والقانون المغربي قد عمل على حمايته من أي اعتداء أو انتهاك له والذي يمكن أن يتم عن طريق إحداث بنايات ومنشآت في ملك الغير؛ الذي يعد أمرا شاذا في حياة الناس، والذي عالجه المشرع من خلال الفصل 237 مدونة الحقوق العينية ضمن أحكام الالتصاق الصناعي.

وقد كان الفقه المالكي كما المشرع المغربي شديد الحرص على مصلحة مالك الأرض المعتدى عليها بإقامة البنايات والمنشآت، ومصلحة الباني الذي افتقرت ذمته بما أنفقه من مصاريف بإقامتها ما يستوجب تعويضه خاصة ما إذا كان حسن النية.

وفي هذا الإطار نجد ربط المشرع المغربي البناء على أرض الغير بأمر باطني وهو النية، ما يجعل علاقة مالك الأرض بالباني تختلف باختلاف سوء نيته أو حسنها، فحسن نية الباني تجعله في مركز متميز على الباني سيء النية، وهذا أمر طبيعي لأن العقاب لابد فيه من التناسب حتى يكون عادلا محققا لمقصده.

أهمية الدراسة:

إن موضوع: "البناء على ملك الغير بين إشكالات الو اقع و آفاق الإصلاح" له أهمية بالغة سواء من الناحية النظرية أو العملية.

-فمن الناحية النظرية؛ فالدراسة تسعى لتسليط الضوء على ظاهرة الاستيلاء على أملاك الغير والعمد إلى إحداث بنايات ومنشآت عليها، والآثار المترتبة عن ذلك التي تختلف باختلاف الباني؛ حسن أو سيء النية.

-أما من الناحية العملية؛ فتتجلى في الكشف عن بعض الثغرات التي تعتري التنظيم القانوني لظاهرة البناء على ملك الغير، وكذا بعض الإشكالات التي تعترض التنزيل العملي للأحكام القانونية المتعلقة بها سواء من ناحية الإثبات أو من ناحية تحديد التعويض، كذا حال الحكم بالإبقاء على البناء من عدمه بناء على قاعدة الموازنة بين المنافع والأضرار.

أهداف الدراسة: تسعى هذه الدراسة إلى: تقديم إطار مفاهيم حول البناء على ملك الغير ومدى تأثير سوء النية أو حسنها على مقدار التعويض المحدد. التعرض بالبيان لبعض الإشكالات التي تثار حال إقامة بنايات ومنشآت على ملك الغير سواء من الجانب المسطري أو الموضوعي. - استعراض بعض آليات الإصلاح ووسائل معالجة الظاهرة والحد منها بما يضمن تحقيق الأمن العقاري ومعه الأمن الاجتماعي.

إشكالية الدراسة: إن موضوع الدراسة يجرنا لطرح تساؤل مركزي يتمحور حول مدى فاعلية ونجاعة النصوص الفقهية القانونية في زجر المعتدي والحد من ظاهرة البناء في ملك الغير على وجه التعدي.

ويتفرع عن هذا الإشكال المركزي العديد من التساؤلات الفرعية، من قبيل : - ما الأحكام المطبقة والإجراءات المتبعة حال إقامة بنايات ومنشآت على أرض الغير؟ - ما أساس التمييز بين سوء النية أو حسنها؟ وما مدى تأثيرها - أي النية – في تحديد الجزاءات القانية وبالأخص بمقدار التعويض؟ - ما السبل والآليات المقترحة للحد من ظاهرة الاعتداء على أملاك الغير و انتهاك حرمتها بإحداث بنايات ومنشآت عليها.

خطة البحث: وللإجابة عن الإشكالات المطروحة وغيرها لجأنا إلى تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين؛ نتناول في المطلب الأول منه لمفهوم سوء النية، والآثار المترتبة عليها حال إحداث بنايات ومنشآت على أرض الغير، على أن نخصص المطلب الثاني للحديث عن مفهوم حسن النية، والآثار الناتجة عنها كذلك حال البناء على ملك الغير.

المطلب الأول: سوء النية و أثرها في البناء في ملك الغير

لقد اهتم الفقه المالكي كما المشرع المغربي بظاهرة إقامة بنايات ومنشآت في ملك الغير، ورتبا عليه آثارا تختلف باختلاف حسن النية من سوئها من حيث طلب إزالة البنايات، ومقدار

التعويض. ومن هنا يحسن أولا التطرف لمفهوم سوء النية (الفرع الأول)، ثم بعده معالجة الآثار الناتجة عنها حال البناء في ملك الغيروالإشكالات التي يمكن أن تترتب بناء على ذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم سوء [67] النية:

إن المتصفح للقانون المدني المغربي لا يجد نصا يحدد مفهوم النية، وهذا طبيعي؛ لأن مهمة إعطاء التعاريف ليس من اختصاص المشرع و إنما من اختصاص الفقه. [68]

وبالرجوع للشريعة الإسلامية نجد أن الشرع الحكيم قد أورد أصلا عاما وقاعدة شرعية مبناها الحديث الشريف الوارد عن الرسول عليه السلام: "إنما الأعمال بالنيات و إنما لكل امرئ ما نوى"، [69] فهو أصل عام يدل على أن كل عمل يقوم به الإنسان، حسنا كان هذا العمل أم سيئا، فإن النية تكون أساسا لهذا العمل، وبالتالي فإن الأثر المترتب عليه يكون تبعا لهذه النية؛ حسنها من سوئها.

67 - تطلق النية في اللغة للدلالة على القصد والعزم، قال ابن فارس: "نوى الأمر ينويه؛ إذا قصد له"، (ابن فارس؛ مقاييس اللغة، ج 5، ص: 366) وجاء في لسان العرب:" نويت نية ونواة؛ أي عزمت". (ابن منظور؛ لسان العرب، ج 15، ص: 348).
والنِّيَّة - في الاصطلاح الشَّرعيّ - لها ثلاثةُ معانٍ: أعم وعام وخاص.
وفي الاصطلاح الفقهي تطلق على ثلاث معان:
أ- النية بمعناها الأعم: حيث عرفها ابن القيم بكونها: "وعمل القلب". (ابن القيم؛ بدائع الفوائد، ج3، ص: 192) إلا ان هذا التعريف ليس بمانع من وجوه منها أن عمل القلبِ ووِجهته قد لا يكون إرادة، بل يمكن أن تكون رهبة او خجلا أو خوفا ونحوه.
ب- النية بمعناها العام: فقد عرفها القرافي أنها: "قصدُ الإنسان بقلبه ما يريده بفعله". (القرافي؛ الذخيرة، ج 1، ص: 240). وتظهر شمولية التعريف من خلال تضمنه لكافة الأعمال؛ سواء الدنيوية او الأخروية.
ج- النية بمعناها الخاص: فقد عرفها البيضاوي بأنها: "الإرادة المتوجهة نحو الفعل ابتغاءً لوجه الله تعالى وامتثالًا لحُكمه". (أحمد بك؛ نهاية الأحكام، ص: 7.
68 - لقد اكتفى المشرع المغربي بالإشارة إلى سوء النية في بعض المواضع كما هو الحال في الفصل 25 من ق ل ع الذي يؤسس لنظرية الإثراء بلا سبب وجاء فيه: "من أثرى بغير حق إضرارا بالغير لزمه أن يرد له عين ما تسلمه إذا كان مازال موجودا، أو أن يرد له قيمته في يوم تسلمه إياه إذا كان قد هلك أو تعيب بفعله أو بخطئه وهو ضامن في حالة التعيب أو الهلاك الحاصل بقوة قاهرة من وقت وصول الشيء إليه إذا كان قد تسلمه بسوء نية. والمحرز بسوء نية يلتزم أيضا برد الثمار والزيادات والمنافع التي جناها وتلك التي كان من واجبه أن يجنيها لو أحسن الإدارة، وذلك من يوم حصول الوفاء له أو من يوم تسلمه الشيء بغير حق. وإذا كان المحرز حسن النية، فإنه لا يسأل إلا في حدود ما عاد عليه من نفع ومن تاريخ المطالبة".
كما أشار الفصل 101 إلى سوء النية في الحيازة وأحكامها عندما نص أنه: "الحائز سيئ النية ملزم بأن يرد مع الشيء كل الثمار الطبيعية والمدنية التي جناها أو التي كان يستطيع أن يجنيها لو أنه أدار الشيء إدارة معتادة وذلك من وقت وصول الشيء إليه. ولا حق له إلا في استرداد المصروفات الضرورية التي أنفقت لحفظ الشيء وجني الثمار إلا أنه لا يكون له الحق في أن يباشر هذا الاسترداد إلا على الشيء نفسه"، بالإضافة إلى نصوص قانونية أخرى دون التطرق لمفهوم النية".
69 - أخرجه البخاري في صحيحه، باب: كيف بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم- رقم الحديث: 1، ج 1، ص: 3.

وقد حاول بعض الفقه تعريف سوء النية فعرفها مبارك عبد الكريم بأنها: "علم المحدث بأنه يقيم بناء على أرض غير مملوكة له دون رضا صاحب الأرض، فهو يبني دون زعم بسبب شرعي؛ أي ليس له الحق في إقامة هذه المحدثات نظرا لعدم تملكه للأرض التي يقيم عليها البناء". [70]

كما عرفها محمود الخيال بكونها: "عدم وجود سبب معقول يبرر لدى الباني اعتقاده ملكية الأرض، فهو يعلم عند البناء أن الأرض مملوكة للغير ولم يرخص له في البناء". [71]

ويعتبر من قبيل سيء النية الغاصب الذي يعتدي على ملك غيره ويبني عليها، كذا من عمد إلى اقتطاع قطعة من أرض ملاصقة لأرضه و أقام بها من منشآت، أو يبني في الطريق العام، وكل ذلك متى علم بذلك، ونفس الوصف يطلق على من قام بإحداث منشآت وبنايات في أرض محل نظر من قبل القضاء، لكون المنازعة تنفي صبغة الملكية إلى حين صدور الحكم القضائي.

وتبعا لذلك يتضح أن الحكم على الشخص بسوء النية متوقف على شرطين أساسين:

- إقامة المعتدي بنايات ومنشآت في أرض غيره.

- علم الباني بعدم أحقيته بالبناء إما لعدم إذن المالك له أو تخلف رضاه ونحوه. [72]

وجدير بالإشارة كون تحديد سوء النية من عدمه من المسائل التي تستقل بها محكمة الموضوع، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها نظرا لارتباطها بالجانب الشخصي بل يكفي فقط إبراز وجود حسن النية من عدمه ضمن حيثيات الحكم. [73]

الفرع الثاني: أثر سوء النية في البناء في ملك الغير

لقد نص المشرع المغربي في الفقرة الأولى من المادة 237 [74] من م ح ع أنه: "إذا قام بإحداث أغراس أو بناء أو منشآت عن سوء نية وبدون علم مالك العقار، فلهذا الأخير الحق إما

---

70 - مبارك، عبد الكريم؛ محاضرات في الحقوق العينية الأصلية، ص: 131.

71 - الخيال، محمود؛ الحقوق العينية الأصلية، ص: 164.

72 - وهذا ما يستفاد من نص المادة 237 من مدونة الحقوق العينية التي جاء فيها: "إذا قام بإحداث أغراس أو بناء أو منشآت عن سوء نية وبدون علم مالك العقار، فلهذا الأخير الحق إما في الاحتفاظ بها مع أداء قيمة المواد وإما بإلزام محدثها بإزالتها على نفقته مع إرجاع حالة الأرض إلى ما كانت عليه قبل إحداث الأغراس أو البناء على المنشآت".

73 - النشار، جمال خليل؛ الالتصاق كسبب من أسباب كسب الملكية في الفقه الإسلامي والقانون المدني، ص: 227.

74 - وهو نفس الفصل 555 المنصوص عليه في القانون المدني الفرنسي الذي نصه:

Lorsque les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers et avec des matériaux appartenant à ce dernier, le propriétaire du fonds a le droit,

في الاحتفاظ بها مع أداء قيمة المواد وإما بإلزام محدثها بإزالتها على نفقته مع إرجاع حالة الأرض إلى ما كانت عليه قبل إحداث الأغراس أو البناء على المنشآت".

ويتضح من نص المادة المذكوركون المشرع المغربي جعل الباني في ملك الغيربسوء نية تحت رحمة المالك بأن خول له سلطة الاختياربين طلب الاحتفاظ بالبناء أو إلزام الباني بإزالته على نفقته وإرجاع حالة الأرض إلى ما كانت عليه قبل البناء، غيرأنه إذا اختارالاحتفاظ بالبناء فيكون للباني الحق في استخلاص تعويض يوازي قيمة المواد طبقا الفقرة الأولى من المادة 237 من م ح ع آنفة الذكر.

ويلاحظ في هذا الإطارأن المشرع المغربي لم يربط بين علم مالك العقاربالبناء وبين حسن أو سوء نية الباني، فليس من الحتمي اعتبار الباني سيء النية لمجرد عدم علم المالك بالبناء المقام على أرضه، كما ليس من الحتمي اعتبارالباني حسن النية لمجرد علم المالك بالبناء.

وبناء على النص السابق يحق بنا التساؤل عن حقوق التي خولها المشرع لصاحب الأرض المعتدى عليها من قبل الغير، وما إذا كانت كافية لجبرالضرر؟ وهل تحقق الردع المطلوب للحد من ظاهرة الاعتداء على ملك الغير؟

أولا: حق مالك الأرض في طلب إزالة المنشآت.

يشكل حدث إقامة البنايات والمنشآت على أرض الغيراعتداء على حق الملكية، الأمرالذي جعل الفقه المالكي كما المشرع المغربي يمنح المالك دون مقيم المنشآت حق طلب إزالتها حتى ولو لم يثبت الضرر[75]، جاء في النوادروالزيادات: "من دخل بمعرفة متعديا: فله أن يهدم بناءه ويقلع غرسه إلا أن يريد أن يغرم له قيمة ذلك مقلوعا فليس للمتعدي أن يأبى ذلك".[76] وجاء في القوانين الفقهية: " من غصب أرضا فبنى فيها فربها بالخيار بين هدم البنيان وإزالته ويأخذ الغاصب أنقاضه وبين تركه على أن يعطي الغاصب قيمة أنقاض البنيان من خشب وقرميد وأجر

---

sous réserve des dispositions de l'alinéa 4, soit d'en conserver la propriété, soit d'obliger le tiers à les enlever.

75 - ينظر: القيرواني؛ الرسالة، ص: 135. ابن يونس الصقلي؛ الجامع لمسائل المدونة، ج 18، ص: 350.
76 - ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج10، ص: 347.

وغير ذلك تقوم منقوضة بعد طرح أجرة القلع ولا يعطيه قيمة التجصيص والتزويق وشبه ذلك مما لا قيمة له". (77)

والمقصد من تقرير هذا الحكم السعي لبسط الحماية الفقهية والقانونية على مالك الأرض باعتباره المعتدى عليها، لأن عرق الغاصب لا حرمة له لأنه عرق ظالم، ولا مقال للغاصب إن قال أريد عين مالي ولا أريد قيمته لأن المالك يقول لا أدعك تعور أرضي بقلع غراسها أو بنائها أو بإخرابها وإحواجي إلى عمارتها فيكون ذلك له. (78)

كما أن السبب الذي جعل فقهاء المالكية يحطون عن الغاصب حين التعويض عنه أجرة القلع لأن قلع المنشآت والبنايات مستحق عليه، باعتبار أن عليه تسليم الأرض إلى المالك فارغة فيجب أن يحط عن المالك قدر الأجرة.

وجذير بالإشارة كون المالك هو المخول له بمقتضى الفقه والقانون حق طلب إزالة المنشآت دون الباني حتى ولو لم يثبت الضرر، والمقصد من ذلك -كما سبقت الإشارة - بسط الحماية على مالك الأرض باعتباره المدعى عليه، وهو ما يجعل من دعوى الإزالة دعوى ملكية وليس دعوى حيازة. (79)

ويترتب على هذا اعتبار طلب الإزالة لا يلزم منه إثبات وقوع الضرر لمالك الأرض نتيجة إقامة المنشآت، فالاعتداء على الملكية كاف بذاته، ولهذا فإذا طلب مالك الأرض إزالة المنشآت المقامة على أرضه، وجب على القاضي أن يجيبه، لأن الحكم بغير ذلك يسلب مالك الأرض إحدى مزايا حق الملكية، وهي تحديد طريقة استغلاله على غير رضائه، وهو امر غير مستساغ، فضلا عن كونه مخالفا لما يفرضه القانون. (80)

وتأسيسا على ما سبق، جاء في الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس بتاريخ 04 مارس 2020 ضمن حيثياته: "حيث أن طلب المدعية الإضافي يرمي إلى الحكم على المدعى عليه بهدم وإزالة المنشآت والإصلاحات والأغراس الزائدة على المنشآت والتجهيزات المحددة بالرسم العقاري، وحيث إنه بالنظر لكون المدعى عليه يتواجد في القطعة الأرضية المدعى فيها، و أنه

---

77 - ابن جزي؛ القوانين الفقهية، ص: 497 وما بعدها.

78 - القاضي عبد الوهاب؛ المعونة على مذهب عالم المدينة، ج2، ص: 1225. (بتصرف)

79 - السنهوري، عبد الرزاق؛ الوسيط في شرح القانون المدني، ج 9، ص: 268م.

80 - سرور، محمد شكري؛ "موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني"، دار النهضة العربية – بيروت، طبعة 1999م، ص: 67.



أدخل عليها تحسينات حسب إقراره، وأمام كون عقد البيع المحتج به من طرفه لا ينطبق على القطعة الأرضية المدعى فيها حسب تقرير الخبرة المنجز على ذمة القضية، مما يجعل تواجده في حكم سيء النية وتنطبق عليه مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 237 من مدونة الحقوق العينية، ويجعل بالتالي طلب الحكم عليه بإزالة التحسينات التي أدخلها غير تلك المحددة بالرسم العقاري موضوع الدعوى وعلى نفقته مؤسس قانونا وحري بالاستجابة إليه".[81] ويلاحظ كون الحكم القضائي المذكور قد أسس حكمه القاضي بإزالة التحسينات المنشآت والإصلاحات والأغراس الزائدة في الملك على عدم انطباق القطعة الأرضية المدعى عليها على العقد المحتج به ما يجعله معه سيء النية فيلزمه الإزالة.

لكن التساؤل الذي يطرح في هذا الصدد؛ ماهي الكيفية أو الوسيلة التي ينبغي أن يتم التصريح فيها بالإزالة والهدم؟ هل يكتفى في ذلك برغبة المالك أم لا بد من رفع دعوى الهدم كي يكون صحيحا؟

فالظاهر كما ذهب إليه بعض الفقه عدم اشتراط رفع دعوى الإزالة وإنما يكتفى بإبداء الرغبة فقط ولو بسجل أو حتى شفويا، لكن عبء الإثبات في ذلك يكون على صاحب الأرض، [82] والأرجح أنه لابد من رفع دعوى الهدم، لأن القضاء هو من له القدرة على إلزام الباني في ملك الغير بإزالة ما بناه أو غرسه.

لكن بتتبع بعض القرارات القضائية نجد أن طلب إلزام المحدث بإزالة المنشآت لا يتأتى دائما، ذلك ان الاجتهاد القضائي استقر على ضرورة الموازنة بين المصالح والمضار، وتغليب الضرر الأصغر على الأكبر، وفي هذا الصدد جاء في القرار الصادر عن المجلس الأعلى أنه: "يحق لمالك العقار المحفظ طبقا للقانون الاحتفاظ بالبناء المحدث على ملكه من طرف الغير سيئ النية على أن يؤدي له قيمة المواد أو يلزم محدثه بإزالة الأنقاض على نفقته، وفي حال ما إذا كان الباني حسن النية فلا يمكن للمالك أن يطالب الباني بإزالة البناء وإنما له فقط الخيار بين أن يؤدي للباني قيمة مواد البناء مع أجرة اليد العاملة أو أن يدفع له مبلغا يعادل ما زيد في قيمة الملك. وإن محكمة الموضوع في قضائها بإزالة الضرر عليها أن توازن بين الضرر الحاصل للباني في حالة هدم جزء من بنائه والضرر الحاصل للمالك في حالة تخليه بدون إرادته عن جزء من ملكه مقابل

---

81 - حكم المحكمة الابتدائية بمكناس عدد 206 بتاريخ 04 مارس 2020 في الملف العقاري رقم 2018/1404/970 (حكم غير منشور).

82 - شنب؛ محمد لبيب؛ الموجز في الحقوق العينية الأصلية، ص: 67.



تعويض بالقيمة، وتغلب الضرر الأصغر على الأكبر". [83] فالتوجه القضائي في هذا القرار نحى منحى الموازنة بين المصالح والمفاسد، وتغليب الضرر الأصغر على الأكبر، وهو توجه صائب مبني على أساس سليم ومنطق معتبر من باب المصلحة، لأنه وإن اعتبر بمثابة ضرر للمالك إلا أن ضرر هدمه أكبر وأجسم متى كانت البنايات أو المنشآت ذات قيمة معتبرة.

ثانيا: حق مالك الأرض في الاحتفاظ بالمنشآت

لقد خول المشرع المغربي لمالك الأرض الحق في الاحتفاظ بالبنايات والمنشآت التي أقيمت على أرضه مقابل دفعه قيمة المواد، ولا شك أن قيمة المنشآت يدخل فيها الثمن دون غيرها، فلا تحتسب تكاليف نقلها وشحنها وتركيبها أو بنائها من يد عاملة وغيرها.

وهذا هو الحكم المقرر في الفقه المالكي، جاء في الرسالة: "والغاصب يؤمر بقلع بنائه وزرعه وشجره وإن شاء أعطاه". [84]

لكن التساؤل الذي يمكن أن يطرح، هل تقدير قيمة البناء يكون على أساس وقت الاستحقاق أو وقت الاندماج؟

والظاهر أن العبرة في تقدير القيمة بوقت الاستحقاق لا بوقت اندماج المواد في الأرض، إلا أن الأمر يختلف بالنسبة للثمار التي قبضها أو حصل عليها من أقام المنشآت، فهذه الثمار تعتبر ملكا لصاحب الأرض منذ اندماج المواد، ولذلك فهي تخصم من التعويض. [85]

ومن الإشكالات التي يمكن أن تثار كذلك في هذا الصدد؛ هل يعتد بسكوت مالك الأرض ورضاه الضمني باستبقائها، أم لابد من رضاه الصريح بذلك؟ وهل يمكن أن يحدد لذلك أجلا معلوما أم أنه على إطلاقه؟ وهل يقبل قول المالك حال طلبه الإبقاء على البنايات ثم تراجعه عنه؟

وجدير بالذكر كون حال احتفاظ المالك بالمنشآت، فلا يعد ذلك تطبيقا لقواعد الإثراء بلا سبب، إذ لو طبقت لكان المالك مطالبا بأن يدفع لصاحب البناء أقل القيمتين، قيمة ما أثري

83- قرار المجلس الأعلى عدد 4939 بتاريخ 29 نونبر 2010 في الملف المدني رقم1092/1/3/2004 منشور بموقع: www.droitetentreprise.com تاريخ الدخول: 27 شتنبر 2023م.
84 - ابن أبي زيد القيرواني؛ الرسالة، ص: 134.
85 - السنهوري – مرجع سابق – ج9، ص: 280.

له الذي يمثل ما زيد في ثمن الأرض، او قيمة افتقار صاحب المنشآت، وهو قيمة المنشآت وأجرة العمال، والحال أن المالك يدفع فقط لمقيم البنايات قيمة المواد.[86]

المطلب الثاني: حسن النية و أثره في البناء في ملك الغير

لقد جعل الفقه المالكي كذا المشرع المغربي الباني حسن النية في مركز أفضل من الباني سيء النية، لكونه إنما أقم على البناء وهو يجهل أنه يعتدي على حق غيره، ويظهر ذلك من خلال التعويض المستحق له بالمقارنة مع الباني سيء النية، وقد نص المشرع المغربي على أحكامه في الفقرة الثانية من المادة 237 من مدونة الحقوق العينية التي جاء فيها: "أما إذا أحدثت الأغراس أو البناءات أو المنشآت من طرف شخص انتزعت منه الأرض في دعوى استحقاق ولم يحكم عليه برد ثمارها نظرا لحسن نيته فإن مالك العقار لا يمكنه أن يطالب بإزالة المنشآت أو الأغراس أو البناءات المذكورة، غير أنه يمكن له الخيار بين أن يؤدي قيمة المواد مع أجرة اليد العاملة، أو أن يدفع مبلغا يعادل ما زيد في قيمة الملك".[87]

وللتطرق لمختلف هاته القضايا يقتضي منا الحال التطرق أولا لمفهوم حسن النية (الفرع الأول)، ثم تناول أثر حسن النية حال البناء على أرض الغير (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم حسن النية

يعد من الصعوبة تحديد مفهوم حسن النية كمبدأ فقهي قانوني يتغير معناه ومدلوله، ولكن ذلك لم يمنع جانبا من الفقه للتطرق له ومحاولة وضع تعريف لها وإن كانت بعضها غير دقيق وواضح في تحديد مفهومها، ومن هذه التعريفات:

- تعريف القهوجي: "التعامل بصدق واستقامة وتصرف مع الغير".[88]

---

86 - رمضان، أبو السعود؛ الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص: 100 وما يليها. (بتصرف)

87 - و هذا المقتضى نفسه المنصوص عليه في الفصل 555 من القانون المدني الفرنسي الذي جاء فيه:

"Si les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers évincé qui n'aurait pas été condamné, en raison de sa bonne foi, à la restitution des fruits, le propriétaire ne pourra exiger la suppression desdits ouvrages, constructions et plantations, mais il aura le choix de rembourser au tiers l'une ou l'autre des sommes visées à l'alinéa précéden"

88 - عبد المنعم؛ حسن النية في العقود، ص: 83.

- تعريف محمد الجبوري: "الجهل المبرر بو اقعة أو حادثة معينة تكون مناط ترتيب الآثار القانونية اللازمة بحيث يختلف الحكم القانوني المترتب تبعاً لتحقق الجهل أوتحقق العلم بتلك الو اقعة أو الحادثة". [89]

- تعريف أنورسلطان: "اعتقاد الموفى له استحقاقه لما يستعمله". [90]

والحقيقة أنه ينبغي التعامل بحسن نية، وبصدق واستقامة في جميع أطوار العقد؛ ابتداء من مرحلة التفاوض و انتهاء بمرحلة التنفيذ. أما الحائزحسن النية فيقصد به من يحوز الشيء بمقتضى حجة يجهل عيوبها.

وبخصوص المشرع المغربي [91] فنجده قد نص في ق ل ع على ضرورة تنفيذ الالتزامات بحسن النية، حيث نص في الفصل 231 [92] منه:"كل تعهد يجب تنفيذه بحسن النية وهو لا يلزم ما وقع التصريح به فحسب، بل أيضا بكل ملحقات الالتزام التي يقررها القانون أو العرف أو الإنصاف [93] وفقا لما تقتضيه طبيعته". [94]

ومن الأمثلة العملية على حسن النية؛ شراء أرض ثم تبين بطلانه ما دام لم يكن يعلم سبب البطلان، وكذا لو أقام بناء على هذه الأرض معتقدا تملكها له بالميراث أوبالوصية ولم يكن يعلم وقت أقام البناء أنه في الحقيقة غيروارث أو أن الوصية باطلة لعدول الموصي عنها قبل وفاته، الأمرنفسه بالنسبة للوعد بالبيع، فالموعود له يعتبرحسن النية لكونه يعتقد أنه سيصبح مالكا

---

89 - الجبوري، ياسين محمد؛ الوجيز في شرح القانون المدني، ج2، ص: 36.

90- سلطان، أنور؛ الموجز في مصادر الالتزام، أنور سلطان، ص: 451.

91 - وبالرجوع إلى النصوص القانونية لا نجد تعريفا للنية اللهم ما أشار إليه الفصل 77 من ق ل ع الذي يؤسس لعناصر المسئولية التقصيرية عن الفعل الشخص الذي يكون صادرا عن بينة واختيار الذي جاء فيه: "كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار ومن غير أن يسمح بالقانون فأحدث ضررا ماديا أو معنويا للغير ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر إذا اثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر"،

وذلك من باب تمييزه عن الفعل الصادر عن الخطأ المشار إليه في الفصل 78 الذي جاء فيه: "كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه لا بفعله فقط ولكن بخطئه أيضا، وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر. وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر. والخطأ هو ترك ما كان يجب فعله أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه وذلك من غير قصد لإحداث الضرر.

92 - إن المشرع المغربي من خلال الفصل المذكور قد صاغ الفصل مستعملا أسلوب الترتيب والتعاقب الذي يجعلنا نقضي أننا لا نلجأ للعرف إلا بعد غياب النص القانوني، ولا نرجع إلى قواعد الإنصاف إلا بعد انتفاء كل الأعراف.

(جمجمي، ابتسام؛ مفهوم حسن النية في العقود، ص: 11).

93 - والملاحظ من خلال الفصل المذكور حصر المشرع المغربي مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد، دون التنصيص على باقي المراحل، وبالأخص مرحلة ما قبل التعاقد، بخلاف ما نص عليه المشرع المغربي.

94 - وهذا المقتضى هو المنصوص عليه في القانون المدني الفرنسي الذي جاء ضمن مادته 1104:

"Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi .Cette disposition est d'ordre public"

للأرض بمجرد تحقق الوعد، [95] ويعبر عن حسن النية في الفقه المالكي بذي الشبهة، جاء في حاشية الصاوي: " والمراد بذي الشبهة المشتري أو المكتري من الغاصب أو الموهوب له منه أو المستعيرولم يعلم واحد منهم بالغصب". [96]

الفرع الثاني: أثرحسن النية في البناء [97] على أرض الغير

إن حسن نية الحائزيكون لها أثرفي ترتيب النتائج الشرعية والقانونية عن ذلك وبالأخص في حالة ما إذا كان قد أحدث على الأرض المستحقة بناء أوغرس أغراسا، فحسن نيته تشفع له وتعطيه الحق في أخذ قيمة البناء قائما أو الغرس وذلك من باب الموازنة بين المنافع والمضار ودفع الضررالأكبربالأصغر. [98] وهوما قررته الفقرة الثانية من المادة 237 من م ح ع التي نصت: "أما إذا أحدثت الأغراس أو البناءات أو المنشآت من طرف شخص انتزعت منه الأرض في دعوى

95 - ينظر: الأهواني، حسام الدين؛ الحقوق العينية الأصلية، ص: 56. الناهي، صلاح الدين؛ الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص: 56.

96 - الصاوي، أحمد؛ بلغة السالك لأقرب المسالك، ج3، ص: 622.

97 - البناء هو كل ما شيد بيد الانسان من مواد انشائية كحديد او خشب او طابوق أو حجر أو غير ذلك من المواد التي تستعمل في البناء اتصل بالأرض اتصال قرار، ويستوي الغرض من البناء لسكن الانسان أو حظائر الحيوانات أو مخزن.

(هادي عزيز على – مرجع سابق – ص: 68 وما بعدها).

98- وهذا بخلاف ما لو كان الحائز سيء النية، حيث قررت الفقرة الأولى من المادة 237 من م ح ع أنه: "إذا قام بإحداث أغراس أو بناء أو منشآت عن سوء نية وبدون علم مالك العقار، فلهذا الأخير الحق إما في الاحتفاظ بها مع أداء قيمة المواد وإما بإلزام محدثها بإزالتها على نفقته مع إرجاع حالة الأرض إلى ما كانت عليه قبل إحداث الأغراس أو البناء على المنشآت".

وبذلك فإنه بعد تحقق واقعة بناء الحائز في ملك الغير بسوء النية فإن المشرع جعل الباني تحت رحمة المالك بأن خول له سلطة الاختيار بين طلب الاحتفاظ بالبناء أو إلزام الباني بإزالته على نفقته وإرجاع حالة الأرض إلى ما كانت عليه قبل البناء، على أنه حال اختيار المالك الاحتفاظ بالبناء فيكون للباني الحق في استخلاص تعويض يوازي قيمة المواد.

ويلاحظ في هذا الإطار أن المشرع المغربي لم يربط بين علم مالك العقار بالبناء وبين حسن أو سوء نية الباني، فليس من الحتمي اعتبار الباني سيء النية لمجرد عدم علم المالك بالبناء المقام على أرضه، كما ليس من الحتمي اعتبار الباني حسن النية لمجرد علم المالك بالبناء.

وتبعا لذلك جاء في الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس بتاريخ 04 مارس 2020 ضمن حيثياته: "حيث أن طلب المدعية الإضافي يرمي إلى الحكم على المدعى عليه بهدم وإزالة المنشآت والإصلاحات والأغراس الزائدة على المنشآت والتجهيزات المحددة بالرسم العقاري، وحيث إنه بالنظر لكون المدعى عليه يتواجد في القطعة الأرضية المدعى فيها، وأنه أدخل عليها تحسينات حسب إقراره، وأمام كون عقد البيع المحتج به من طرفه لا ينطبق على القطعة الأرضية المدعى فيها حسب تقرير الخبرة المنجز على ذمة القضية، مما يجعل تواجده في حكم سيء النية وتنطبق عليه مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 237 من م ح ع ويجعل بالتالي طلب الحكم عليه بإزالة التحسينات التي أدخلها غير تلك المحددة بالرسم العقاري موضوع الدعوى وعلى نفقته مؤسس قانونا وحري بالاستجابة إليه". (حكم المحكمة الابتدائية بمكناس عدد 206 بتاريخ 04 مارس 2020 في الملف العقاري رقم 2018/1404/970 غير منشور).

الاستحقاق ولم يحكم عليه برد ثمارها نظرا لحسن نيته [99] فإن مالك العقار لا يمكنه أن يطالب بإزالة المنشآت أو الأغراس أو البناءات المذكورة، غير أنه لا يمكن له الخيار بين أن يؤدي قيمة المواد مع أجرة اليد العاملة أو أن يدفع مبلغا يعادل ما زيد [100] في قيمة الملك". [101]

أولا: سلب حق مالك الأرض في المطالبة بإزالة المنشآت

إن صدور دعوى الاستحقاق يسلب مالك الأرض الحق في المطالبة بنزع المنشآت، لأن وجه مدخل الباني لم يكن على وجه التعدي، وتبعا لذلك يكون مجبرا على تملكها بالالتصاق كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية مقابل دفعه لتعويض يكون فيه مخيرا بين قيمة المواد مع أجرة اليد العاملة أو مبلغا يعادل ما زيد في قيمة الملك، وذلك استنادا لقاعدة: "الفرع يتبع الأرض"، ولأن الأرض دائما ما تكون هي الأصل فإن كل ما يلحق بها يعد فرعا لها ما يعني أن ملكية المنشآت تؤول لصاحب الأرض بحكم الالتصاق [102]

99- كما ورد في الفصل 103 من ق ل ع الذي نص على كون الحائز يتملك الثمار ولا يلزم إلا برد ما يكون منها موجودا في تاريخ رفع الدعوى عليه وما يجنيه منها بعد ذلك، ومن ناحية ثانية فإنه يتحمل مصروفات الحفظ وجني الثمار.

100- وجذير بالإشارة أنه إذا تعلق الأمر بإقامات بنايات وأغراس فوق أرض سلالية فإن الخيار ينتفي وتكون الجماعة ممثلة في وصيها ملزمة بدفع قيمة التعويض، كما جاء في حيثيات الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس: "وحيث إن المدعى عليها وزارة الداخلية هي مجرد وصي عن الجماعة السلالية، وأن هذه الأخيرة هي المالكة القانونية للأرض المدعى فيها، وأن قيمة التحسينات المدخلة على العقار ستستفيد منها هذه الأخيرة، مما يجعل الجماعة السلالية المذكورة هي الملزمة بدفع قيمة التحسينات للمدعي الفرعي". (حكم المحكمة الابتدائية بمكناس عدد 45 بتاريخ 22 يناير 2020 في الملف العقاري 2018/1404/776 غير منشور).

101- بخصوص موقف المذهب المالكي فقد اتجهوا إلى القول بأن مالك الأرض يكون له الخيار أولا في أن يتملك البناء المقام على أرضه على أن يدفع قيمته قائما لصاحب البناء، فإن لم يرضى صاحب البنان، فيكون له أن يتملك الأرض والبناء على أن يدفع قيمة الأرض لصاحبها، فإن لم يرضى صاحب الأرض بذلك، فإن كل منهما يكون شريكا للآخر كل بقيمة نصيبه، صاحب الأرض بقيمة أرضه وصاحب البناء بقيمة بنائه. فقد جاء في الشرح الكبير: "وإن غرس ذو الشبهة أو بنى وقام عليه المستحق؛ قيل للمالك أعطه قيمته قائما منفردا من الأرض، فإن أبى المالك فله أي الغارس، أو الباني دفع قيمة الأرض بغير غرس وبناء، فإن أبى فشريكان بالقيمة هذا بقيمة أرضه، وهذا بقيمة غرسه، أو بنائه ويعتبر التقويم يوم الحكم لا يوم الغرس، والبناء". (الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 3، ص: 466).

وقد سئل أبو محمد بن غالب السبتي وعبد الرحيم الفقيه عن الأرض المشجرة يشتريه الرجل فيحرثها ويزبلها، وذلك مصلحة لشجرها، فاستحقها رجل وأبى أن يعطيه قيمة الزبل والحرث، واحتج بأن قال ليس ببنيان ولا غرس في الأرض. فما وجه الحكم في ذلك؟ فأجاب عبد الرحيم الفقيه في مسألة الأرض ذات الشجر التي حرثت وزبلت: في هذه المسألة اختلاف. والذي أقول به من ذلك. إنه يضمن قيمة ما زاد المشتي بعمله الذي عمل فيها، لأن نفع ذلك للمستحق باق، فيشبه ذلك الصبغ في الثوب، وإن كان عين الصبغ قائما في الثوب فإن نفع الزبل في الأرض قائم. (الونشريسي؛ المعيار المعرب ج 6، ص: 172 وما يليها).

102 - زعيتر، سمية؛ "الالتصاق الصناعي بالعقار، ص 331

وبذلك فإن حرمان المشرع لمالك الأرض من المطالبة بنزع البناء عندما يكون مقيمها حسن النية يضعه أما حل واحد، وهو التملك، فيرغم بذلك على ضم ملكية المنشآت إلى ملكيته الخاصة فينسبها إليه بحكم الالتصاق.

ثانيا: حق مقيم البنايات في التعويض حال استبقاء المنشآت.

لقد جعل الفقه المالكي الباني حسن النية في مركز أفضل من الباني السيء النية، وهذا يتضح من خلال ما تقريره في المذهب، [103] فقد جاء في التبصرة للخمي: "إن كان البناء بوجه شبهة لم يهدم عليه، وقيل للمستحق: أعطه قيمته قائمًا أو يعطيك قيمة أرضك"، [104] وفي مناهج التحصيل: "إن اشتراها وبنى فيها: فقد قال ابن القاسم في المدونة: إن المستحق بالخيار؛ فإن أحب أخذها، وأعطى المشتري قيمة بنائه، وإن أبى قيل للباني: أعطه قيمة أرضه براحًا، فإن أبيا: كانا شريكين؛ هذا بقيمة أرضه، وهذا بقيمة بنائه قائمًا، وهذا نص المدونة في المسألة"، [105] كما ورد في الرسالة: " ومستحق الأرض بعد أن عمرت يدفع قيمة العمارة قائما فإن أبى دفع إليه المشتري قيمة البقعة براحا فإن أبى كانا شريكين بقيمة ما لكل واحد". [106]

والسبب الذي جعل فقهاء المالكية يقررون أفضلية الخيار للمالك لكونه الأقوى سببا، لأن الباني إنما عمر في شبهة ملك فكان صاحب الملك مقدما عليه، كما أن المبرر لحد قيمة التعويض في دفع قيمة البناء قائما لأن الباني لم يتعد في البناء فيه فيطالب بالقلع، وإنما دخل على أنه يبني في ملكه فلم يكن ظالمًا بل كان لبنائه حرمه.

كما أنه تقرر حال امتناع كل واحد منهما أن يدفع للآخر قيمة ماله أن يكونا شريكين لأن كل واحد منهما له حق لا يجوز إبطال الآخر له، وليس إلا الإجبار أو البقاء على الشركة. [107]

وبالرجوع للمشرع المغربي نجده قد خالف في الباني حسن النية ما عليه المذهب مما سبق تقريره ذلك أنه خول له حق الاستفادة من تعويض يوازي ما زيد في قيمة الملك أو أن يدفع له قيمة المواد مع أجرة اليد العاملة، وتحتسب هذه القيمة من طرف خبير يقوم بتقدير ثمن الأرض

103- ينظر: الإمام مالك؛ المدونة، ج4، ص: 192. المازري؛ شرح التلقين، ج2، ص: 273. ابن عبد البر؛ الكافي في فقه أهل المدينة، ج2، ص: 884. ابن أبي زيد القيرواني؛ النوادر والزيادات، ج10، ص: 406. البراذعي؛ التهذيب في اختصار المدونة، ج3، ص: 100. الصاوي؛ بلغة السالك، ج3، ص: 622.

104- اللخمي؛ التبصرة، ج 12، ص: 5861.

105- الرجراجي؛ مناهج التحصيل، ج8، ص: 458.

106- ابن أبي زيد القيرواني؛ الرسالة، ص: 134.

107- القاضي عبد الوهاب – مرجع سابق- ج2، ص: 1224. (بتصرف)

وهي خالية أي بدون المنشآت، ثم يقوم بتقديرها بعد إقامة البناء ليستنتج قيمة ما زاد فيها بسبب ذلك، وهذا عن طريق احتساب الفرق بين الثمنين.

لكن هذ الاختيار من قبل المشرع المغربي يطرح عدة تساؤلات من قبيل ما إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الأهمية لم يستطع معه مالك الأرض دفع قيمتها أو أصبح تسديدها مرهقا لصاحب الأرض فما المعمول في هاته الحالة؟ وهل يمكن نتيجة ذلك منح المالك مهلة قصد تسديده المبلغ؟ وحتى على فرض ذلك، ما الأمد الذي يمكن أن يقرر لذلك؟

والحق أن الموقف الفقهي المالكي عالج مختلف هاته الإشكالات على أساس مبني على العدل ومراعاة المقاصد والمآلات في مقابل قصور النص القانوني وعجزه ما يجعل من الفقه المالكي خير معين ومكمل للقانون المغربي.

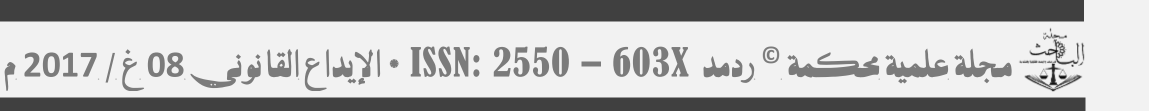
كما أن هناك إشكالا آخر يطرح؛ هل تقدير التعويض يكون على أساس يوم الاندماج أو يوم الاستحقاق؟

لقد ذهب بعض الفقه أن تقدير الزيادة يوم الاستحقاق يتعارض مع أحكام الاثراء بلا سبب، كون الإثراء يقدر بالنظر إلى وقت دخوله في ذمة المثري لا وقت رفع الدعوى، في حيتن يرى البعض الآخر أن القيمة تقدر يوم الاستحقاق لا وقت إقامة المنشآت، لأن وقت الاسترداد هو الوقت الذي يكسب فيه صاحب الأرض ملكية المنشآت بالالتصاق، ومن ثم يكون الوقت الذي يتحقق في الإثراء بالنسبة له وهو الراي الذي تم الاعتماد عليه [108]

وتأسيسا على ما سبق، فقد جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى كما في القرار الصادر بتاريخ 29 نونبر 2010 الذي جاء ضمن حيثياته: "الباني في عقار محفظ عائد للغير تسري عليه قاعدة حسن وسوء النية في البناء الذي يقيمه عليه، وليس التحفيظ قرينة قاطعة على سوء نيته مادام قانون التحفيظ نفسه ميز بين الحالتين"، وجاء في نفس القرار: "يحق لمالك العقار المحفظ طبقا للقانون الاحتفاظ بالبناء المحدث على ملكه من طرف الغير سيئ النية على أن يؤدي له قيمة المواد أو يلزم محدثه بإزالة الأنقاض على نفقته، وفي حال ما إذا كان الباني حسن النية فلا يمكن للمالك أن يطالب الباني بإزالة البناء و إنما له فقط الخيارين أن يؤدي للباني قيمة مواد البناء مع أجرة اليد العاملة أو أن يدفع له مبلغا يعادل ما زيد في قيمة الملك. وإن محكمة الموضوع في

---

108 - زعيتر سمية – م رجع سابق- ص: 332.



قضائها بإزالة الضرر عليها أن توازن بين الضرر الحاصل للباني في حالة هدم جزء من بنائه والضرر الحاصل للمالك في حالة تخليه بدون إرادته عن جزء من ملكه مقابل تعويض بالقيمة، وتغلب الضرر الأصغر على الأكبر". [109]

فانطلاقا من القرار القضائي المذكور فإن الحائز حسن النية [110] تشفع له نيته حال ثبوت الاستحقاق وخروج الملك من يده إلى مالكه الأصلي، فإذا ما أحدث في الملك المحاز بنايات أو أغراس فلا يحق للمالك أن يلزمه بإزالتها و إنما يكون له الخيار بين أن يؤدي للباني قيمة مواد البناء مع أجرة اليد العاملة أو أن يدفع له مبلغا يعادل ما زيد في قيمة الملك.

كما أكدت نفس المبدأ محاكم الموضوع في العديد من الأحكام والقرارات[111] الصادرة عنها، كما هو الحال في الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس الذي جاء فيه: "وحيث إنه بالنظر لكون المدعى عليه يتواجد في القطعة الأرضية المدعى فيها بموجب عقد بيع زينة والذي وإن كان عقدا باطلا، فإنه يعتبر بمثابة حجة يجهل المدعى عليه عيوبها، وأما حيازة هذا الخير للقطعة المذكورة وسكوت المدعية والجماعة السلالية المالكة للأرض لمدة طويلة ودون أن تحرك ساكنا، مما يجعل المدعى عليه في حكم حسن النية وتنطبق عليه مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 237 أعلاه، ويجعل بالتالي طلب الحكم عليه بإزالة التحسينات التي أدخلها على العقار المدعى فيه عديم الأساس القانوني وحري برفضه"". [112]

109- قرار المجلس الأعلى عدد 4939 بتاريخ 29 نونبر 2010 في الملف المدني رقم1092/1/3/2004 منشور بموقع: www.droitetentreprise.com تاريخ الدخول: 06 شتنبر 2023م.

110- وتقدير حسن نية الباني من سوئه تختص به محاكم الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه إليه من حيث التعليل كما جاء في القرار الصادر عن محكمة النقض: "تقدير سوء نية المحتل للعقار من حسن نيته ترجع لقضاة الموضوع". (قرار محكمة النقض عدد 3/299 بتاريخ 14 أبريل 2015 في الملف المدني رقم: 2014/3/1/443، مشار إليه توجهات محكمة النقض في المادة العقارية، ص: 106).

وجاء في قرار آخر: "تقدير حسن أو سوء نية الباني في أرض الغير بمواد مملوكة له تختص به محكمة الموضوع، وتستخلص من وقائع الدعوى ومستنداتها". (قرار المجلس الأعلى عدد 2545 بتاريخ 06 شتنبر 2006 في الملف المدني رقم: 2005/3/1/299، مشار إليه بالنهج المفيد للممارسين والباحثين، ص: 217).

111-كما ورد في الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس بتاريخ 17 يونيو 2020 الذي جاء ضمن حيثياته: "حيث يهدف طلب المدعية إلى الحكم على المدعى عليها الثانية بهدم وإزالة البناية والغرس المحدث بالعقار على نفقتها وإرجاع العقار إلى حالته السابقة على إحداث البناء أو الغرس. وحيث إن إلزام المدعى عليها الثانية بإزالة البناية أو الغرس المحدث يكون في حالة ما إذا كانت سيئة النية، أما والحال أنها تتوفر على عقد بيع وتنازل عن حق استغلال وتصرف، وإن كان هذا الأخير باطلا كما تم التصريح به فإنها تكون في حكم من حاز الشيء بحجة يجهل عيوبها، ومن تم فهي حسنة النية لا تسري عليها مقتضيات المادة 237 ويكون بالتالي طلب المدعية في هذا الإطار غير مبرر قانونا ويتعين رفضه". (حكم المحكمة الابتدائية بمكناس عدد 294 بتاريخ 17 يونيو 2020 في الملف العقاري رقم 2017/1404/839 غير منشور).

112- حكم المحكمة الابتدائية بمكناس عدد 45 بتاريخ 22 يناير 2020 في الملف العقاري رقم 2018/1404/776 (غير منشور).

خاتمة

وفي الختام يمكن القول إن البناء في ملك الغير تعد حالة شاذة واعتداء صريحا على حق الملكية، و انتهاكا لحق مالكه في استعماله واستغلاله والتصرف فيه الذي تخوله له، لذا عمل كل من فقهاء المالكية والمشرع المغربي على وضع تشريع له يؤطره وينظمه بهدف تحقيق الأمن العقاري.

ومدار الأحكام المترتبة عليه على النية؛ التي تتراوح بين حسنها وسوئها لدى الباني حال إقامته البنايات والمنشآت على أرض الغير، وتبعا لها اختلفت الأحكام وتنوعت؛ فإذا كانت أكثر تسامحا مع الباني حسن النية، فإنها لم تكن كذلك مع الباني سيء النية التي اتسمت بالتشدد لأن عرق الغاصب لا حرمة له لأنه عرق ظالم.

كما يتبين لنا مما سبق أخذ المشرع المغربي بنظرية الالتصاق على أساس قاعدة الفرع يتبع الأصل، اعتبارلكون الأرض هي الأصل دائما، والبناء المشيد عليها هو الفرع، وبالتالي وجب تغليب جانب الأرض عن طريق تملك مالك الأرض للبناء المشيد عليها، ولا اعتبار في ذلك لقيمة البناء مهما كان كبيرا ولو فاق قيمة الأرض.

ومن جانب آخر يتضح أن كلا من الفقه المالكي والقانون المغربي إذا كانا قد توافقا بخصوص الباني السيء النية وكيفية التعامل معه من خلال منح المالك -صاحب الأرض- الحق إما في طلب إزالة المنشآت أو الاحتفاظ بها مع أداء قيمة المواد، فإن الأمر لم يكن كذلك بخصوص الباني حسن النية المعبر عنه في الفقه المالكي ب "ذي الشبهة"، فإذا كان المشرع المغربي قد منح حق الخيار للمالك وألزمه بالدفع لمقيم البنايات والمنشآت مبلغا يعادل ما زيد في قيمة الملك أو أداء قيمة المواد مع أجرة اليد العاملة، فإنه في مقابل ذلك كانت نظرة الفقه المالكي أوسع وأشمل بمنح الخيار بداية للمالك بدفع قيمة البناء للباني قائما، فإذا أبى انتقل الخيار للباني بأن يدفع للمالك قيمة أرضه، فإن أبى كل منهما كان شريكين؛ المالك بقيمة أرضه والباني بقيمة بنائه.

لائحة المصادر والمراجع

ابن أبي زيد القيرواني، أبو محمد عبد الله؛ "النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات"، تحقيق مجموعة من العلماء، دار الغرب الإسلامي – بيروت، الطبعة الأولى: 1999م.

ابن القيم، محمد بن ابي بكر؛ "بدائع الفوائد"، دار الكتاب العربي – بيروت، دون ذكر الطبعة وتاريخ الطبع.

ابن جزي، أبو القاسم محمد بن أحمد؛ "القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية"، تحقيق: محمد بن سيدي محمد مولاي، دار ابن حزم – لبنان، طبعة 2013م.

ابن عبد البر، أبو عمر يوسف؛ "الكافي في فقه أهل المدينة"؛ تحقيق: محمد محمد أحيد، مكتبة الرياض الحديثة – الرياض، الطبعة الثانية: 1980م.

ابن فارس، أحمد؛ "مقاييس اللغة"، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر- دمشق، تاريخ النشر 1979م دون ذكر الطبعة.

ابن منظور، محمد؛ "لسان العرب"، مع حاشية اليازجي وجماعة من اللغويين، دار صادر – بيروت، الطبعة الثالثة: 1313ه.

الأهواني، حسام الدين؛ "الحقوق العينية الأصلية: أسباب كسب الملكية"، دار أبو المجد -القاهرة.، دون ذكر الطبعة وتاريخ الطبع.

البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل؛ "صحيح البخاري"، تحقيق: مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، الطبعة الخامسة: 1993.

البراذعي، أبو سعيد؛ "التهذيب في اختصار المدونة"، تحقيق: محمد الأمين، دار البحوث للدراسات الإسلامية – دبي، الطبعة الأولى: 2002م.

الجبوري، ياسين محمد؛ "الوجيز في شرح القانون المدني"، دار الثقافة – عمان، الطبعة الأولى: 2006م.

جمجمي، ابتسام؛ "مفهوم حسن النية في العقود"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني - الدار البيضاء، الموسم الجامعي 1986/1985م.

الخيال، محمود؛ "الحقوق العينية الأصلية"، جامعة القاهرة - القاهرة، الطبعة الثانية: 1992 .

الدسوقي، محمد بن أحمد؛ "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير"، دار الفكر، دون ذكر الطبعة وتاريخ الطبع.

الرجراجي، علي بن سعيد؛ "مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها"، تحقيق: أبو الفضل الدمياني، وأحمد بن علي، دار ابن حزم - بيروت، الطبعة الأولى: 2007م.

رمضان، أبو السعود؛ "الوجيز في الحقوق العينية الأصلية"، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت، طبعة 2002م.

زعيتر، سمية؛ "الالتصاق الصناعي بالعقار بين القانون المدني والفقه الإسلامي – دراسة مقارنة –"، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد الرابع، المجلد الثاني، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2013م.

سرور، محمد شكري؛ "موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني"، دار النهضة العربية – بيروت، طبعة 1999م.

سلطان، أنور؛ "الموجز في مصادر الالتزام"، دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية، تاريخ النشر: 1998م دون ذكر الطبعة.

السنهوري، عبد الرزاق؛ "الوسيط في شرح القانون المدني"، المجلد الأول: أسباب كسب الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت، الطبعة الثالثة: 2000م.

شنب، محمد لبيب؛ "الموجز في الحقوق العينية الأصلية"، دار النهضة العربية - القاهرة، طبعة 1974 .

الصاوي، أحمد؛ "بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك. المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير"، الناشر: مكتبة مصطفى البابي الحلبي، عام النشر 1952م دون ذكر الطبعة.

عبد المنعم، موسى إبراهيم؛ "حسن النية في العقود"، منشورات زين الحقوقية – بيروت، تاريخ النشر: 2006 دون ذكر الطبعة.

القاضي عبد الوهاب؛ "المعونة على مذهب عالم المدينة"، تحقيق: حميش عبد الحق، المكتبة التجارية - مكة المكرمة، دون ذكر الطبعة وتاريخ الطبع.

القرافي، أبو العباس شهاب الدين؛ "الذخيرة"، تحقيق: محمد حجي، سعيد أعراب، محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي – بيروت، الطبعة الأولى: 1994م.

اللخمي، أبو الحسن؛ "التبصرة"، تحقيق: أحمد عبد الكريم، وزارة الأوقاف الشؤون الإسلامية – قطر، الطبعة الأولى: 2011م.

المازري، أبو عبد الله؛ "شرح التلقين"، تحقيق: محمد المختار السلامي، دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة الأولى: 2008م.

مالك، ابن أنس بن مالك الأصبحي؛ "المدونة"، دار الكتب العلمية – بيروت، الطبعة الأولى: 1994م.

مبارك، عبد الكريم؛ "محاضرات في الحقوق العينية الأصلية"، دار الطباعة الحديثة - البصرة، تاريخ النشر 1970 دون ذكر الطبعة.

الناهي، صلاح الدين؛ "الوجيز في الحقوق العينية الأصلية"، شركة الطبع والنشر الأهلية - بغداد، تاريخ النشر 1961 دون ذكر الطبعة.

النشار، جمال خليل؛ "الالتصاق كسبب من أسباب كسب الملكية في الفقه الإسلامي والقانون المدني"، دار الجامعة الجديدة للنشر – الإسكندرية، تاريخ النشر 2001م دون ذكر الطبعة.

الدكتور أنوار بوهلال
دكتور في الحقوق .كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
جامعة مولاي إسماعيل - بمكناس

الجانب القانوني المتعلق بميدان الإسكان بالمغرب: الإنجازات، ومداخل الارتقاء بالقطاع

The legal aspect related to the housing field in Morocco

الملخص:

تعد هذه الدراسة بمثابة قراءة في التنظيم التشريعي لقطاع الإسكان في المغرب حيث تستعرض أهم النصوص القانونية المتصلة بجانب الإسكان سواء التي نشرت بالجريدة الرسمية أو التي في طور الإعداد، كما تتطرق للمداخل القانونية المتاحة والممكنة التي من شأنها المساهمة في التنظيم الجيد لهذا القطاع الحيوي.

كلمات مفاتيح: إسكان- مشاريع قوانين- التجديد الحضري- بيع العقار في طور الإنجاز- الإيجار المفضي إلى تملك العقار.

مقدمة:

يعد السكن حسب التصريح العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1948 حقا أساسيا للأفراد وهو جزء جوهري من الحق في الحياة ومصدرا يستطيع في ظله وبفضله الفرد أن يوفر الراحة لنفسه ويستطيع من خلاله أن يواجه صعوبات الحياة ويقدم العمل المثمر لمجتمعه، ويقول M.Bryee في هذا السياق أن المسكن يعد أمرا حيويا في تكوين شخصية الفرد وعاملا مؤثرا في صحته النفسية والجسدية والإجتماعية، ويرى P.George أن السكن لا يقدم العضوية فقط بل يعتبر عنصرا أساسيا في الربط بين الفرد والأسرة والوسط الاجتماعي ويربط الصلة اليومية بالإطار التاريخي والجمالي والوظيفي مما يضع نموذجا من الإنسانية[113].

[113]- دليلة زرقة: سياسات السكن والإسكان بين الخطاب والواقع –دراسة ميدانية بمدينة وهران-، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في علم الاجتماع، كلية العلوم الاجتماعية جامعة وهران -2- محمد بن أحمد، السنة الجماعية 2016/2015، ص 13.

من خلال هذه الدراسة المتواضعة سنسلط الضوء على المقاربة القانونية المرتبطة بجانب الإسكان في المغرب من خلال النصوص القانونية المنظمة للقطاع، سواء تلك التي صدرت ودخلت حيز التنفيذ أو تلك التي لا زالت في طور الإعداد، وسنعتمد المنهجية التالية:

أولا: الإطار العام

ثانيا: الإنجازات على مستوى الجانب القانوني المتصل بقطاع الإسكان

ثالثا: مداخل قانونية على مستوى الرقي بقطاع الإسكان في المغرب

أولا-الإطار العام:

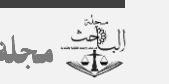
شكل الخطاب الملكي ل20 غشت 2001 انتفاضة حاسمة نحو مراجعة الوضع العام لمشكل السكن بالمغرب، بالتأكيد على واجب التطبيق الصارم للقانون قصد تلافي تحريف اختصاصات الجماعات المحلية وتهاون بعضها في ميدان محاربة السكن غير اللائق، ودق الخطاب ناقوس الخطر، منبها إلى خطورة انتشار السكن الصفيحي والعشوائي، لما له من أثر سلبي على كرامة المواطن، وما يشكله من تهديد لتماسك النسيج الاجتماعي، داعيا إلى اعتماد برنامج وطني تضامني مضبوط[114].

وتطرق الملك بعد ذلك في خطاب 30 يوليوز 2003 بمناسبة الذكرى الرابعة لعيد العرش أن حصيلة المنجزات، لم تكن في مستوى جسامة التحديات، وحمل المسؤولية للجميع في تزايد البناء العشوائي، انطلاقا من المواطن الذي يدفع رشوة للمسؤولين وتهاون السلطات العمومية والجماعات المحلية، في محاربة انتشار مدن الصفيح، بدل التشجيع على توفير السكن اللائق. ورغم التحذيرات الملكية، فإن هذه المعضلة الاجتماعية مازالت تتسم بكثير من التعقيد وتتداخل فيها الجوانب الاقتصادية والاجتماعية والعمرانية بالإضافة إلى اضطراب طرق التدبير المحلي لها.

فقد رسم هذين الخطابين الساميين خارطة الطريق لسياسة السكن بالمغرب خلال العشرية الأخيرة، بما تضمنه من توجهات لتوفير السكن الملائم ، باعتباره من ركائز ضمان الاستقرار والأمن الاجتماعيين، وهو ما جسدته بوضوح البرامج والاستراتيجيات المختلفة التي

---

[114]- إشكالية السكن بالمغرب: منجزات محدودة وتحديات جسيمة، مقال منشور بالموقع الإلكتروني التالي:
www.maghress.com/attajdid/18429



اعتمدتها المملكة في هذا المجال ولاسيما في الجانب المتعلق بمحاربة السكن العشوائي وتوفير سكن ملائم بأسعار في متناول الفئات ذات الدخل المحدود.

وهكذا حددت الحكومات المتعاقبة قطاع السكن كأحد القطاعات ذات الأولوية، واتخذت بشأنه مجموعة من المبادرات، أبرزها برنامج المدن بدون صفيح.

وقد ارتكزت السياسة العمومية لقطاع السكن من جهة على تقليص العجز السكني بإنتاج وحدات سكنية جديدة والتحكم في تنامي دور الصفيح، ومن جهة أخرى إنعاش العرض من السكن ومحاربة الفقر والتهميش بالوسطين الحضري والقروي عبر إطلاق برامج تستهدف مختلف الشرائح المجتمعية.

ثانيا- الإنجازات على مستوى الجانب القانوني المتصل بقطاع الإسكان:

يبدوا من الوهلة الأولى أنه من الصعب رصد القوانين المؤطرة للسكن منذ الاستقلال، وذلك نظرا لتشعب النصوص القانونية وتفرقها في عدة نصوص، وكذا تعدد القطاعات الحكومية، وتغير الهندسة الوزارية من ولاية لأخرى[115]. ويمكن إجمال أهم القوانين التي تنظم المجال السكني في ما يلي:

- القانون رقم 12.67 المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكتري للمحلات المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني[116] الذي يرمي إلى تنظيم العلاقات التعاقدية وترسيخ الأمن التعاقدي بين المكري والمكتري؛
- القانون رقم 107.12 بتغيير وتتميم القانون رقم 44.00 الصادر بتاريخ 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002) المتمم لظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود (بيع العقارات في طور الإنجاز)[117] قصد ضبط مجال المعاملات العقارية وتعزيز الأمن القانوني بالعمل على تقوية الثقة لدى البائع والمشتري في هذه المعاملات العقارية؛

[115]-وزارة إعداد التراب الوطني والتعمير والإسكان وسياسة المدينة –قطاع الإسكان وسياسة المدينة-: الورقة التأطيرية لورشة التأطير القانوني المندرجة ضمن ورشات التفكير للنهوض بقطاع الإسكان بالمغرب، التي انعقدت بالرباط من 2 إلى 10 ماي 2018.
[116]- منشور بالجريدة الرسمية عدد 6208 بتاريخ 2013/11/28، ص 7328.
[117]-منشور بالجريدة الرسمية عدد 6440 بتاريخ 2016/2/18، ص 932.

- القانون رقم 106.12 بتغيير وتتميم القانون رقم 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية[118] من أجل تنظيم أكثر للسكن الجماعي تماشيا مع السياسة الحكومية الرامية إلى الحفاظ على الرصيد العقاري؛

- مرسوم رقم 2.13.847 بالموافقة على ضابط البناء العام المحدد لقواعد الأداء الطاقي للمباني وبإحداث اللجنة الوطنية للنجاعة الطاقية في المباني[119]؛

- المرسوم رقم 2.17.345 بتحديد النظام النموذجي للملكية المشتركة[120] بتاريخ 01 يناير 2018؛ والذي يهدف إلى تيسير مهام الملاك المشتركين من خلال إعداد نظام نموذجي للملكية المشتركة لكي يسترشد به الملاك المشتركون في تسيير وإدارة الاجزاء المفرزة والمشاعة، حيث يعمل ليس فقط على استعادة نظرية لمضامين القانون في شكل التزامات وواجبات بين الملاك، بل يقوم بتنزيل بعضها في شكل أحكام جاهزة للتطبيق على كل ملكية مشتركة تبعا لخصوصياتها من حيث طبيعتها (بناء أفقي او عمودي) ونوعية الأغراض المنوطة بها (سكنى أو أنشطة أخرى).

ويعتبر قانون 94.12 المتعلق بالمباني الآيلة للسقوط وتنظيم عمليات بالتجديد الحضري[121] الصادر سنة 2016 ومرسومه التطبيقي[122] رقم 2.16.469 الصادر سنة 2017 طفرة نوعية في مجال التنظيم القانوني لقطاع الإسكان في المغرب لأنه عالج آفة إنهيار المباني التي تهدد أرواح وممتلكات المواطنين، خاصة وأن هذا الموضوع كان يعاني من فراغ قانوني في ظل حدوث جملة من الإنهيارات في المباني والتي نتج عنها خسائر في الأرواح والممتلكات.

وبالموازاة مع ذلك فقد تم إعداد مشاريع قوانين ومراسيم تطبيقية تمت إحالتها على الأمانة العامة للحكومة ويتعلق الأمرب: مشروع قانون رقم 122.13 يتعلق بتنظيم عمليات البناء، ومشروع قانون رقم 023.12 يتعلق بالتعاونيات السكنية، ومشروع قانون رقم 16.17 يتعلق بتنظيم مهنة الوكيل العقاري، ومشروع المرسوم رقم 2.17.318 يتعلق بشروط وكيفيات تقديم

118- منشور بالجريدة الرسمية عدد 6465 بتاريخ 2016/5/16، ص 7381.
119- منشور بالجريدة الرسمية عدد 6306 بتاريخ 2014/11/6، ص 7714.
120- منشور بالجريدة الرسمية عدد 6635 بتاريخ 2018/1/1، ص 3.
121- منشور بالجريدة الرسمية عدد 6465 بتاريخ 2016/5/16، ص 7372.
122- منشور بالجريدة الرسمية عدد 6618 بتاريخ 2017/11/2، ص 6387.



ضمانات إنهاء الأشغال أو ضمانات استرجاع الأقساط المؤداة في حالة عدم تنفيذ عقد بيع العقار في طور الإنجاز.

ثالثا- مداخل قانونية على مستوى الرقي بقطاع الإسكان في المغرب:

إن تملك سكن يعتبر بمثابة حلم لكل مواطن ولعل هذا ما يدفعه إلى اللجوء لسكن صفيحي طالما أنه لا يستطيع توفير سكن لائق، وهناك آليات موجودة مثل قانون بيع العقار في طور الإنجاز وقانون الإيجار المفضي إلى التملك واللذين يحتاجان إلى ثقة المتعاملين من مواطنين ومنعشين، وكذلك القانون المتعلق بمعالجة المباني الآيلة للسقوط الذي من شأنه أن يساهم في الحفاظ على النسيج الحضري وتثمينه، كما أن الوزارة الوصية بمعية كل المتدخلين قد أطلقت ورش سياسة المدينة باعتباره برنامجا طموحا يهدف إلى الارتقاء بالمدينة المغربية وتتدخل به الدولة لاستهداف أحياء ومجالات حضرية "حساسة" تتسم بهشاشتها، بعزلتها أو بمؤهلات خاصة تستدعي تثمينا و إبرازا، كما تهدف هذه السياسة المتسمة بطابعها الإرادي، إلى تقليص الفوارق الاجتماعية بين المكونات الترابية للمجال الحضري[123]

1- تفعيل الآليات الموجودة

أ- قانوني بيع العقار في طور الإنجاز والإيجار المفضي لتملك العقار:

نعتقد أن هناك آليتين قانونيتين لابد من تفعيلهما للرقي بقطاع الإسكان ويتعلق الأمر بتشجيع المستثمرين والمواطنين على منح ثقتهم للقانون 44.00 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز كما تم تغييره وتتميمه، والقانون 00.51 المتعلق بالإيجار المفضي لتملك العقار.

فلسفة القانونين:

تكمن فلسفة القانونية في مساعدة المواطن البسيط على تملك مسكن عن طريق أداءات دورية:

✓ بحيث أنه في إطار القانون 44.00 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز كما تم تعديله وتتميمه يتم الأداء بصفة دورية طبقا لتقدم أشغال إنجاز البناء، فمع تطور الأوضاع الاقتصادية وتزايد الحاجة إلى تملك سكن لائق، من خلال أداء الثمن على أقساط،

---

[123]- عبد الكريم أشبون: سياسة المدينة في المغرب، مقال منشور في موقع www.maghress.com/hespress/ .

وتشجيع المنعشين العقاريين على إقامة مشاريع خاصة بدون قروض، فقد رخص المشرع في بيع العقاروهو في طور الإنجاز، وهي محاولة تشريعية هدفها سد الفراغ الذي يعاني منه النظام القانوني المغربي في هذا الباب، وتخليق مجال المعاملات العقارية مع خلق ديناميكية اقتصادية تستند على خفض النفقات والتكاليف وإنعاش السوق العقارية[124].

- ✓ وفي إطار القانون 00.51 المتعلق بالإيجار المفضي لتملك العقار يؤدي المكتري وجيبة كرائية هي في الحقيقة تتضمن شقين شق يتعلق بالكراء وشق آخر يتعلق بأداء ثمن البيع، حيث يتم الإتفاق على عدد معين من الأداءات الشهرية أو السنوية أو نصف السنوية –حسب الإتفاق- يكون آخرها متوجا بإبرام عقد البيع النهائي، والهدف من هذه التقنية القانونية يبقى هو تجشيع شريحة من المواطنين وخاصة ذوي الدخل المحدود على تملك مسكن بطريقة ميسرة[125].

ب- تفعيل قانون التجديد الحضري:

من شأن تفعيل هذا القانون من قبل المتدخلين المعنيين به أن يرقى بالأنسجة العتيقة ويمكن من معالجة المباني الآيلة للسقوط بمختلف الحواضر المغربية، ذلك أن التفعيل الأمثل له من شأنه أن يساهم في معالجة ظاهرة المباني الآيلة للسقوط خصوصا في ظل تسجيل تدهور ملحوظ في المشهد الحضري للمدن المغربية وتزايد حوادث انهيار المباني والأنسجة العتيقة وبموازاة هذه الإشكالات كان المغرب يعرف فراغا تشريعيا ساهم وبقوة في تشديد خطورة المباني الآيلة للسقوط، وقد أتى هذا القانون بمقاربة وقائية وعلاجية تروم الحفاظ على سلامة وأمن حياة الأفراد وممتلكاتهم العقارية والتي لهم فيها مصلحة مباشرة حتى لا تتعرض للانهيار أو التلف فتنخفض قيمتها أو يتم فقدانها سواء بفعل أسباب داخلية أو خارجية[126].

2- سياسة المدينة كاستراتيجية جديدة للرقي بالحواضر المغربية:

---

[124]- محمد الخضراوي، إشكالية توثيق التصرفات العقارية ومتطلبات التنمية – قراءة في قانون 44.00 مجلة البحوث، عدد 07، السنة 2007، ص 37، مشار إليه في مقال بيع العقار في طور الإنجاز من إعداد، الطالب المعطي زديد ومجموعة من الطلبة تحت إشراف الدكتورة منى المسلومي، هذا المقال منشور في موقع مجلة قانون الأعمال، http://www.droitetentreprise.com .

[125]-العربي مياد: الإيجار المفضي إلى تملك العقار، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية، www.marocdroit.com .

[126]- نور الدين التقاوي: التدبير القانوني للمخاطر السكنية في المغرب : المباني الآيلة للسقوط أنموذج، مقال منشور في موقع https://www.maghress.com

أ- محاولة في التعريف:

يمكن تعريف أن سياسة المدينة في المغرب تصور شمولي وإطار متكامل، يهم جميع المدينة، يهدف إلى تحسين شروط الحياة في الأحياء الهشة وناقصة التجهيز، وإنعاش المراكز الحضرية الأقل تنافسية وتعزيز دورها الاقتصادي لتصبح منتجة للثروة والشغل، وجعلها أكثر استدامة وحفاظا على البيئة[127].

ب- الأهداف:

إن الأهداف التي ترمي إلى تحقيقها سياسة المدينة ترتبط بالحاجة التي تدعوا إلى وضع مقاربة تشاركية منسقة ومعقلنة بين كل الفاعلين في المجال الحضري تتجاوز المقاربة الأمنية وسياسة الارتجال، وذلك لإنتاج مدن ذات وظيفة هادفة تعمل على تطوير الاقتصاد والمجتمع، وبالتالي يمكن القول أن الأهداف الكبرى لسياسة المدينة تتمثل في تحقيق تنمية حضرية مستدامة وفي تنسيق السياسات العمومية المحلية[128].

ج- الإطار القانوني لسياسة المدينة:

- تم إعداد مرسوم رقم 2.13.172 صادر في 8 غشت 2013، بإحداث اللجنة بين الوزارية الدائمة لسياسة المدينة؛
- وحاليا يتم الإنكباب على إعداد مشروع قانون توجيهي حول سياسة المدينة.

<u>لائحة المراجع:</u>

✓ الجريدة الرسمية المغربية؛

127- هشام زوبير: سياسة المدينة في ضوء متطلبات التدبير العمومي الجديد، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام الداخلي وتنظيم الجماعات الترابية بكلية الحقوق مراكش السنة الجامعية 2015/2014، ص 5، ماشر إليه في مقال سياسة المدينة كإستراتيجية جديدة للتدبير التعاقدي بين الجماعة والدولة، من إعداد أنوار بوهلال ونور الدين التقاوي منشور في مجلة منازعات الأعمال العدد 25، ص 34 وما بعدها.

128 Charif Mhamed : Les problématiques de l'urbanisme et les stratégies de développement local au Maroc, revue Enjeux locauxn4, octobre 2011, p 42



✓ - دليلة زرقة: سياسات السكن والإسكان بين الخطاب والو اقع –دراسة ميدانية بمدينة وهران-، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في علم الاجتماع، كلية العلوم الاجتماعية جامعة وهران -2- محمد بن أحمد، السنة الجماعية 2016/2015؛

✓ إشكالية السكن بالمغرب: منجزات محدودة وتحديات جسيمة، مقال منشور بالموقع الإلكتروني التالي: www.maghress.com/attajdid/18429؛

✓ وزارة إعداد التراب الوطني والتعمير والإسكان وسياسة المدينة –قطاع الإسكان وسياسة المدينة-: الورقة التأطيرية لورشة التأطير القانوني المندرجة ضمن ورشات التفكير للنهوض بقطاع الإسكان بالمغرب، التي انعقدت بالرباط من 2 إلى 10 ماي 2018؛

✓ محمد الخضراوي، إشكالية توثيق التصرفات العقارية ومتطلبات التنمية – قراءة في قانون 44.00 مجلة البحوث، عدد 07، السنة 2007؛

✓ عبد الكريم أشبون: سياسة المدينة في المغرب، مقال منشور في موقع www.maghress.com/hespress/؛

✓ العربي مياد: الإيجار المفضي إلى تملك العقار، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية، www.marocdroit.com؛

✓ Charif Mhamed : Les problématiques de l'urbanisme et les stratégies de développement local au Maroc, revue Enjeux locauxn4, octobre 2011 ;

✓ نور الدين التقاوي: التدبير القانوني للمخاطر السكنية في المغرب : المباني الآيلة للسقوط أنموذج، مقال منشور في موقع https://www.maghress.com؛

✓ هشام زوبير: سياسة المدينة في ضوء متطلبات التدبير العمومي الجديد، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام الداخلي وتنظيم الجماعات الترابية بكلية الحقوق مراكش السنة الجامعية 2015/2014؛

✓ أنوار بوهلال ونور الدين التقاوي: سياسة المدينة كإستراتيجية جديدة للتدبير التعاقدي بين الجماعة والدولة مقال منشور في مجلة منازعات الأعمال العدد 25.

الدكتور سعيد بلغريب
باحث في العلوم القانونية بكلية العلوم القانونية والسياسية
جامعة الحسن الأول بسطات

الصيغ الحديثة لاستثمار الأموال الوقفية: صناديق الاستثمار الوقفية أنموذجا

Modern formulas for investing endowment funds: endowment investment funds as a model

مقدمة:

يعيش عالم اليوم تطورا سريعا شمل جميع مناحي الحياة، وهذا التطورشمل أيضا مختلف التصرفات القانونية التي يقوم الإنسان بإبرامها، ومجال الوقف ليس بمنأى عن هذا التطور؛ ذلك أن عنصر الديمومة الذي يقوم عليه يستلزم بالضرورة التفكير المستمر في كل ما يمكنه المساهمة في الحفاظ على الوقف وتعميره وتثميره على نحو يحقق المقاصد التي أنشأ من أجلها والتي تروم أساسا تقديم الخدمات المختلفة في مجالات حساسة كالصحة والتعليم ومحاربة الهشاشة الاجتماعية وتحقيق التكافل الاجتماعي بين مختلف مكونات المجتمع.

وهكذا يعد مجال استثمار الأموال الوقفية مجالا خصبا للبحث والتحديث في كل الصيغ الاستثمارية التي من شأنها أن تساهم في تحقيق مقاصد الوقف وتنميه على نحو أفضل من غيرها من الصيغ التقليدية؛ ككراء الأموال الوقفية أو معاوضتها بأموال أخرى أكثر نفعا من حيث المردودية، في ظل احترام خصوصية المؤسسة الوقفية وما تتطلبه من شروط.

وقد ظهرت في الوقت المعاصر العديد من التصرفات الاستثمارية ذات الطابع التجديدي في تدبير واستثمار الأموال الوقفية والتي أبانت التجربة في العديد من دول العالم وبشكل خاص بالعالم الإسلامي عن نتائج محمودة، والتي يمكن للمغرب الاستفادة منها مستقبلا في هذا الإطار، اعتماد صيغة صناديق الاستثمار الوقفية لتثمير أموال الوقف، وتعد هذه الصناديق أنموذجا مبتكرا ومنتجا جديدا يناسب المؤسسات الوقفية، إذ يشكل أحد أهم أوعية إدارة واستثمار أموال وأصول الأوقاف، التي تجمع بين حبس الأصل وتنميته واستثمار عوائده في مصارف خيرية

وتنموية متنوعة، كما أن له أثرا بالغا في تطوير قطاع الوقف وتحقيق الأهداف المرجوة منه؛ نظرا لاعتمادها على تنويع المشاريع الوقفية وتنظيمها وفق قالب مؤسسي واستثماري تتخذ من الإدارة الحديثة أسلوبا ومن الحكامة الجيدة منهجا لضبط أعمالها.

وتقوم الصناديق المذكورة على أساس التمويل الشعبي لها من طرف شريحة كبيرة من الو اقفين المساهمين ولو بمساهمات بسيطة القيمية يتم تحديدها من قبل إدارة الصندوق، وهذا الأمر يشكل عاملا محفزا لإنشاء الأوقاف من طرف صغار الو اقفين المنتمين لعامة الشعب بحيث لا يصبح الوقف أو الانخراط في المشاريع الوقفية حكرا على الفئات الميسورة من المجتمع، كما أنه ر افعة لدعم الاستثمار الوطني وتحقيق التنمية.

وعليه سنحاول بحث هذه المؤسسة القانونية من خلال التطرق إلى تحديد مفهومها وتصنيفاتها المختلفة (المطلب الأول)، و أيضا مختلف العلاقات القانونية التي تتشكل بمناسبتها وكذا المزايا التي تختص بها عن غيرها من المؤسسات القانونية الوقفية الأخرى (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم صندوق الاستثمار الوقفي و أنواعه

يثير صندوق الاستثمار الوقفي العديد من التساؤلات خاصة تلك التي تهم تحديد مفهومه، نظرا للارتباط التقارب الكبير بينه وبين مؤسسات قانونية أخرى، بلغت في أحيان كثيرة مستوى الخلط لدى كثير من الباحثين[129]، وهو الأمر الذي يستدعي ضرورة تحديد مفهوم هذا الصندوق

---

[129] " غالبا ما يختلط على الباحثين تداخل مصطلح الصندوق الوقفي مع مصطلح الصندوق الوقفي الاستثمارين فعلى الرغم من قدم الأول نسبيا؛ أنشئ الأول من قبل البنك الإسلامي للتنمية عام 1993 م، والصناديق الوقفية في الكويت في عام 1997 م، ثم تم إعادة تشكيلها ضمن عملية الفك والدمج التي طالت الصناديق عام 2001 م، نجد الصندوق الوقفي الاستثماري ظهر إلى الوجود عام 2008 م.....

والصندوق الوقفي يهدف إلى تحقيق النفع العام، وذلك عن طريق التبرع، والنفع الخاص، وذلك عن طريق الأسهم، لتحقيق هدف أسمى هو تحقيق إحياء سنة الوقف....

اما فيما يخص الصندوق الاستثماري الوقفي فقد عرفته الهيئة العامة للأوقاف في المملكة العربية السعودية بـأنه: " صندوق استثماري ليس له مدة محددة، جميع وحداته موقوفة لا يجوز تداولها، هدفه توفير فرص الوقف للعموم وتلبية الحاجات المجتمعية في استثمار أموال الصندوق الوقفية سواء كانت عينية أم نقدية في أوجه الاستثمار لتوفير عائد دوري يصرف على الاحتياجات المجتمعية من خلال نسبة محددة من صافي أرباح الصندوق القابلة للتوزيع على الجهة المستفيدة من الصندوق بشكل سنوي بحد أدنى "

رفعا لأي لبس (الفقرة الأولى)، ثم أن ضبط تحديد هذه المؤسسة القانونية وإخضاعها لمعايير تصنيفية معينة يفرز لنا مختلف التصنيفات التي يندرج تحتها تبعا للخصوصية الوقفية التي يتمتع بها هذا الصندوق (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم صندوق الاستثمار الوقفي

يتطلب منا تحديد مفهوم صندوق الاستثمار الوقفي الإحاطة بمجموعة من المفاهيم الأخرى ذات الصلة، وهي كالآتي:

أولا) الصندوق الاستثماري: تجدر الإشارة بداية إلى أن فكرة إنشاء الصناديق الاستثمارية قديمة بالمقارنة مع أي نوع من الصناديق الأخرى[130]، كما أنه يتعذر إيجاد جامع مانع لها لاعتبارات مختلفة ترجع لاختلاف أشكالها و أنواعها و أنظمتها القانونية؛ فقد تكون في شكل شركة وقد لا تكون في هذا الشكل، كما انها قد تتمتع بالشخصية المعنوية ولا تتمتع بها، وهذ الاختلافات والفروق لها تأثير بين في طبيعتها القانونية، وطبيعة صكوكها، وصفة الشركاء فيها، بما يتبع ذلك من تأثير على التكييف الفقهي المتعلق بها وما يعقبه من أحكام.[131]

ورغم ذلك فقد حاول البعض أن يجد له تعريفا بكونه: "وعاء يتكون من مجموعة من الوحدات الاستثمارية المملوكة لأشخاص تحت إدارة شخص مرخص له من هيئة السوق المالية ".[132]

جاء في تعريف آخر للدكتور محمد علي القري أن: " صناديق الاستثمار هي محافظ تجتمع فيها المدخرات الصغيرة لتكون حجما من الأموال يمكن ان يستفيد من ميزات التنويع والذي

انظر: أسامة عبد المجيد العاني، نحو تسويق استراتيجي للصندوق الوقفي الاستثماري، مجلة الاقتصاد الإسلامي، المجلد 41، العدد 486، أبريل 2021، ص 499 وما يليها.

[130] تعود فكرة إنشاء الصناديق الاستثمارية إلى القرن التاسع ميلادي في أوروبا تحديدا هولندا في العام 822 م، تلتها إنجلترا في عام 870 م، ولقد مرت الصناديق الاستثمارية بتطورات وتغيرات كثيرة تماشت مع تطور الاقتصاد والاستثمار عموما حتى وصلت إلى شكل يقارب ما هي عليه الآن، وقد تشكلت فكرة الصناديق الاستثمارية بالمفاهيم القائمة حاليا في أمريكا عام 924 م ... "

انظر: عبد الله بن محمد الدخيل وسلطان بن محمد الجاسر، الصناديق الاستثمارية الوقفية: دراسة نظرية تطبيقية، مكتبة الملك فهد، المملكة العربية السعودية، دون ذكر الطبعة، 1435 هـ، ص16.

[131] عبد الله بن محمد الدخيل وسلطان بن محمد الجاسر، مرجع سابق، ص39.

[132] عبد الله بن محمد الدخيل وسلطان بن محمد الجاسر، مرجع سابق، ص 42.

يؤدي إلى تقليل مخاطر الاستثمار. وتؤسس هذه الصناديق على صفة شركة استثمار (Investment Company) تشرف عليها جهات حكومية متخصصة لغرض الرقابة والتوجيه. وتقوم هذه الشركات بجمع الاشتراكات عن طريق إصار وحدات استثمارية متساوية القيمة عند الإصدار شبيهة بالأسهم.[133]

وعلى العموم ففكرة الصناديق الاستثمارية تقوم على أساس قيام عدد كبير من المستثمرين بتجميع أموالهم، ويعمل وسيط مرخص له على إدارتها لصالحهم، وذلك لتحقيق أرباح أكبر لا يمكنهم تحقيقها منفردين؛ لتوفر عامل مهم هو عنصر الخبرة لدى الوسيط المذكور، والتي تضمن تحقيق عوائد أعلى مما قد يحققه المستثمر في حال تشغيله لأمواله منفردا في الأسوق، إضافة إلى أن تجميع الأموال في صندوق استثماري واحد يؤدي إلى تقليص العبء الإداري على المستثمرين، لما يتطلبه ذلك من جهد وإجراءات نظامية معقدة، هذا بالإضافة إلى الحد من المخاطر التي يتعرض لها المستثمر المنفرد في الأسواق المالية؛ لأن ضخامة الأسهم والسندات التي تحتفظ بها الصناديق تخفف من الآثار التي قد يخلفها تراجع أي من هذه الأدوات على الأداء الكلي للصندوق الاستثماري.[134]

وبالتالي فصناديق الاستثمار تهدف إلى تقديم الخدمات لنوعين من المستثمرين هما[135]:

فئة أولى: تملك رأس المال ولكن يصعب عليها إدارتها بمفردها، والقيام باستثمار مدروس والتنبؤ بالأسعار والأرباح المستقبلية لهذه الاستثمارات.

وفئة ثانية: تمثل أصحاب المدخرات الصغيرة الذين لا يملكون القدر الكافي من رؤوس الأموال للدخول في استثمارات كبيرة مضمونة نسبيا وذات مخاطر أقل.

---

[133] محمد علي القري، صناديق الاستثمار الإسلامي، بحث مقدم إلى ندوة التطبيقات الاقتصادية الإسلامية المصرفية، المملكة العربية السعودية، جدة، 1418هـ، ص 3.

[134] انظر:

- ✓ حمادي موراد وفرج الله أحلام، دور الصناديق الاستثمارية في تفعيل دور القطاع الوقفي: صندوق الإنماء وريف الوقفي السعودي نموذجا، مجلة العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، المجلد 19، العدد الأول، دجنبر 2019، ص 351.
- ✓ عبد الله بن محمد الدخيل وسلطان بن محمد الجاسر، مرجع سابق، ص 38 وما يليها.

[135] حمادي موراد وفرج الله أحلام، مرجع سابق، 352.

ثانيا) صناديق الاستثمار الإسلامي: تعد ظاهرة صناديق الاستثمار الإسلامية حديثة النشأة بحيث تعود لسنوات قليلة. ويقصد بصندوق الاستثمار الإسلامي هو ذلك الذي تلتزم فيه الجهة المدبرة له بالضوابط الشرعية فيما يخص الأصول والخصوم والعمليات فيها، وبخاصة ما يتعلق بتحريم الفائدة المصرفية، وتظهر هذه الضوابط في نشرة الإصدار التي تمثل الإيجاب الذي بناء على قبول المستثمر له يشترك في ذلك الصندوق، وكذلك تظهر في الأحكام والشروط التي يوقعه فيها الطرفان عند الاكتتاب.[136]

ولا تعد هذه الصناديق مجرد وسيط مالي كما هو الحال في صناديق الاستثمار التي تنشئها شركات الاستثمار، والبنوك التقليدية، وشركات التأمين، بل إن هذه الصناديق بالإضافة إلى ذلك تعتمد على منهج الاستثمار الإسلامي الذي يمزج بين رأس المال والعمل؛ حيث تقوم المؤسسة المالية الإسلامية التي تركب في تكوين الصندوق بإعداد دراسة اقتصادية لنشاط محدد، وتبين جدوى الاستثمار فيه، ثم تقوم بتمويله عن طريق الاكتتاب، فالعقد الذي يربط بين إدارة الصندوق والمكتتبين فيه هو عقد المضاربة الشرعية... فإدارة الصندوق هي المضارب في حين المساهمين هم أصحاب المال.[137]

ثالثا) الصندوق الوقفي: تأتي فكرة الصناديق الوقفية في إطار إدارة وتثمير العمل الوقفي بأسلوب مستحدث يجعل من المشاريع الوقفية عبارة عن قوالب تنظيمية تتمتع بالاستقلال المالي والإداري وتسعى باستقلالية لتحقيق الحاجات الاجتماعية التنموية المطلوبة منها.[138]

وقد سبق للأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت أن عرفت الصناديق الوقفية بأنها: " الإطار الأوسع لممارسة العمل الوقفي، ومن خلالها يتمثل تعاون الجهات الشعبية مع المؤسسات الرسمية في سبيل تحقيق أهداف التنمية الوقفية "؛ والملاحظ أن هذا التعريف تناول الصناديق الوقفية من حيث الغاية من إنشائها والمتمثلة في الإطار الوسع لنشر العمل الوقفي، وعن طريق

---

[136] محمد علي القري، صناديق الاستثمار الإسلامي، بحث مقدم إلى ندوة التطبيقات الاقتصادية الإسلامية المصرفية، 1418هـ، ص 29.

[137] حمادي موراد وفرج الله أحلام، مرجع سابق، ص 352.

[138] أحمد محمد هليل، مجالات وقفية مقترحة غير تقليدية لتنمية مستدامة، المؤتمر الثاني للأوقاف: الصيغ التنموية والرؤى المستقبلية، جامعة ام القرى، مكة المكرمة، 1427 هـ/ 2006 م، ص 29.

توسيع قاعدة المشاركة بين القطاعات الشعبية والمؤسسات الحكومية وغير الحكومية، وتحقيق الغاية السامية لهذه الصناديق وهي تحقيق التنمية الوقفية.[139]

وفي تعريف آخر لصندوق الوقف النقدي الذي يمثل صيغة من الصناديق الوقفية، يعد هذا الصندوق وسيطا ماليا واجتماعيا غير ربحي ما بين و اقفين يلتمسون عائدا أخرويا وموقوف لهم يحتاجون إلى تمويل لأغراض استهلاكية أو استثمارية. وبذلك فإن وساطة الصندوق مزدوجة: وساطة مالية ووساطة اجتماعية، وهو ما يترجم الدور التمويلي والدور الاجتماعي للصندوق.[140]

ويمثل صندوق الوقف أداة محورية في نظام الوقف، وهو عبارة عن وعاء لتجميع الهبات الوقفية النقدية من الو اقفين بغرض استخدامها في الصالح العام، كبناء بعض المر افق أو شق طريق أو تمويل طلبة العلم أو غير ذلك مما يندرج ضمن المصلحة العامة[141]. غير أن الطابع النقدي للصندوق لا يمنع من امتلاك الصندوق للأصول الاستثمارية العينية كالأراضي والمباني والمعدات والتجهيزات المختلفة[142].

وتعد فكرة الصناديق الوقفية تطويرا لفكرة الوقف الجماعي على نحو أكثر مؤسسية، وفيها يعلن الصندوق عن استعداده لتلقي أموال الو اقفين وتوكله عنهم في تأسيس أوقاف خيرية أو رعاية أوقاف قائمة قد يحدد مجالها بنشرة الإصدار أو يفوض في اختيار المجال الذي يعتقد أهميته، مثل بناء المساجد أو صندوق بناء المياتم أو صندوق طباعة المصحف.[143]

---

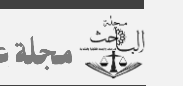
[139] أسامة عبد المجيد عبد الحميد العاني، صناديق الوقف الاستثماري: دراسة فقهية اقتصادية، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة والقانون، بغداد، السنة الجامعية 1429هـ / 2008 م، ص 89.

[140] رحيم حسين، تطوير مؤسسات الوقف الإسلامي، نموذج صندوق الوقف النقدي الأصغر، المؤتمر الإسلامي العاشر للاقتصاد والتمويل الإسلامي: الجوانب المؤسسية للإصلاحات الاقتصادية والنقدية والمالية، الدوحة، قطر، 23-25 مارس 2015، ص 5.

[141] رحيم حسين، تصكيك مشاريع الوقف المنتج: آلية لترقية الدور التنموي ودعم كفاءة صناديق الوقف حالة صناديق الوقف الريفية، مؤتمر الصكوك الإسلامية وأدوات التمويل الإسلامي، الأردن، نونبر 2013 م، ص 4.

[142] رحيم حسين، التمويل الريفي الأصغر أي دور للصناديق الوقفية في مكافحة البطالة والفقر في الريف المغاربي؟، للملتقى الدولي الثاني حول المالية الإسلامية، الرؤية الإسلامية لمقاومة الفقر والبطالة عن طريق الزكاة والأوقاف والتمويل الأصغر، 27-29 يونيو 2013، ص9.

[143] عبد الجبار حمد عبيد السبهاني، وقف الصكوك وصكوك الوقف، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، العدد الثالث، أكتوبر 2015، ص 111.



TEL + 212 771394949 www.allbahit.com Majalatlbahit2017@gmail.com

رابعا) صندوق الاستثمار الوقفي: يعتبر الصندوق الاستثماري الوقفي صورة من صور المستحدثة للوقف الجماعي، والتي أبانت على نتائج استثمارية عالية المردود للأموال الوقفية في الدول الغربية قبل الدول الإسلامية[144]؛ ولعل تجربة الولايات المتحدة الأمريكية خير دليل على ذلك، وأخص تجربة الصناديق الاستثمارية الوقفية كوقف تعليمي لجامعة هارفارد الأمريكية.[145]

يتكون من مجموعة من الوحدات الوقفية، ويعرف على أنه عن صندوق تتجمع فيه أموال وقفية عقارية أو منقولة او نقدية ليتم تشكيل أصل مالي يتم استثماره في أدنى درجات المخاطرة لصالح مصرف وقفي محدد بناء على شروط الو اقفين المستثمرين؛ فهو صندوق وقفي تقوم

---

[144] من بين صناديق الاستثمارية للوقف التي تم إنشاؤها في العالم الإسلامي نجد مثلا: "صندوق الإنماء وريف الوقف" السعودي الذي تم طرحه بالسوق المالية للمملكة العربية السعودية بتاريخ 01 شتنبر 2018، وهو صندوق استثماري وقفي مفتوح ومطروح طرحا عاما، توقف وحداته لصالح مؤسسة مستشفى الملك فيصل التخصصي الخيرية، ويهدف الصندوق إلى تعزيز الدور التنموي للأوقاف من خلال المشاركة في دعم الرعاية الصحية عبر تنمية الأصول الموقوفة للصندوق واستثمارها بما يحقق مبدا التكافل الاجتماعي ويعود بالنفع على مصارف الوقف والأصل الموقوف، حيث يقوم مدير الصندوق باستثمار أصوله التي تشمل النقد والعقارات والأوراق المالية وغيرها بهدف تحقيق نمو في رأس المال الموقوف، بحيث يتم توزيع نسبة من العوائد بشكل سنوي ومستمر على مصارف الوقف المحددة للصندوق.

انظر:

- ✓ صديقي أحمد وفقيقي سعاد، الصناديق الاستثمارية الوقفية كآلية لاستثمار أموال الوقف، مجلة الاقتصاد وإدارة الأعمال، المجلد الثاني، العدد السادس، 2018، ص 155.
- ✓ حمادي موراد وفرج الله أحلام، مرجع سابق، ص 357.

[145] "يتصدر وقف جامعة هارفرد ترتيب الأوقاف التعليمية بالولايات المتحدة الأمريكية، وهو صندوق تم إنشاؤه من التبرعات التي تتلقاها الجامعة أو إحدى كلياتها، ويعتمد حجمها على مقدار ما تحصل عليه من تبرعات، فتنفق جزءا منه على الاستخدام الحالي، وتستثمر جزءا منه من أجل توليد الدخل، إذ تقوم مؤسسة الأوقاف الجامعية في المتوسط بسحب ما بين 4% إلى 5% من قيمة أصولها للاستخدام الحالي.

ولا يعتبر وقف جامعة هارفرد حسابا منفردا، ولكنه يتألف من أكثر من 13000 صندوق فردي يتم استثمارها بشكل جماعي، فلا يمكن إنفاق العائد من هذه الأموال إلا لدعم الغرض المحدد للصندوق، وهو يمنح دعما واسع النطاق ومستداما في جميع مهام الجامعة وأنشطتها المعفاة من الضرائب، إذ تغطي الأوقاف رواتب أعضاء هيئة التدريس بما في ذلك الأستاذية، والمساعدات المالية للكتب الجامعية، والمنح الدراسية للخريجين، والحياة والأنشطة الطلابية، كما تدعم البرامج الأكاديمية والمكتبات ومتاحف الفنون والمرافق ومجموعة من الأنشطة الأخرى... ويعتبر الوقف أكبر مصدر للدخل يدعم ميزانية الجامعة؛ يتم دفع جزء من الهبات كتوزيع سنوي لدعم ميزانية الجامعة، في حين يتم الإبقاء على أي زيادة تتجاوز هذا التوزيع السنوي في الوقف بحيث يمكن أن تنمو وتدعم الأجيال القادمة، ونتيجة لذلك يمكن أن يوفر الوقف الأساس المالي للجامعة لأجيال قادمة "

انظر: صديقي أحمد وفقيقي سعاد، مرجع سابق، ص 153 وما يليها.

فكرته انطلاقا من الصناديق الاستثمارية والتي تعتبر وعاء ماليا تكونه مؤسسة مالية متخصصة ذات دراية وخبرة في مجال إدارة الاستثمارات، بنك أو شركة استثمار مثلا، عن طريق تجميع مدخرات الفراد والعمل على استثمارها في مجالات مختلفة تحقق للمستثمرين عائدا ضمن مستويات معقولة من المخاطرة عن طريق الاستفادة من مزايا التنويع.[146]

وهكذا فالصندوق الوقفي الاستثماري هو صندوق استثماري يتيح الفرصة لفئة كبيرة من أفراد المجتمع لأجل وقف أموالهم النقدية والعينية، واستثمار أموال الصندوق بمهنية واحترافية لتنمية وتحقيق الأرباح وتوزيع العوائد على مصارف الوقف بما يكفل ديمومة الصرف على تلك المصارف وزيادة عدد المستفيدين، فهو وعاء يتكون من مجموعة من الوحدات الموقوفة المسبل ريعها تحت إدارة شخص مرخص له من هيئة سوق المال.[147]

ورغم وجود بعض أوجه التشابه[148]، تختلف الصناديق الوقفية عن منتج الصناديق الاستثمارية الوقفية، فالصناديق الوقفية هي أوعية لجمع الأموال وصرفها في أوجه الخير، وأما

---

[146] صديقي أحمد وفقيقي سعاد، مرجع سابق، ص 150.

[147] بوكرديد عبد القادر وسحنون جمال الدين، صناديق الاستثمار الوقفية كآلية لتحقيق الاستدامة المالية للجمعيات الخيرية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد السابع، العدد الرابع، 2018، ص 104.

وجاء في قول آخر أن: " وتعرف الصناديق الوقفية الاستثمارية على أنها وعاء تتجمع فيه الأصول الوقفية من نقد أو أسهم تستخدم لشراء عقارات وممتلكات وأصول متنوعة تدار على صفة محفظة استثمارية لتحقيق أعلى عائد ممكن ضمن مقدار مقبول من المخاطر، والصندوق يبقى ذا صفة مالية إذ أن شراء العقارات والأسهم والأصول المختلفة وتمويل العمليات التجارية لا يغير من طبيعة هذا الصندوق لأن كل ذلك إنما هو استثمار لتحقيق العائد للصندوق، فليست العقارات ذاتها هي الوقف ولا الأسهم، ومن تم فإن محتويات هذا الصندوق ليست ثابتة بل تتغير بحسب سياسة إدارة الصندوق، ويعبر عن الصندوق بالقيمة الكلية لمحتوياته التي تمثل مبلغا نقديا، وهذا المبلغ هو الوقف وهو بمثابة العين التي جرى تحبيسها، والأموال في الصندوق مقسمة إلى حصص صغيرة تكون في متناول الأفراد من المسلمين الراغبين في الوقف، وتوجه عوائد الصندوق إلى أغراض الوقف المحددة في وثيقة الاشتراك في الصندوق تحت إشراف ناظر الوقف ويكون للصندوق شخصية اعتبارية إذ يسجل على صفة وقف."

انظر: محمد علي القري، صناديق الوقف وتكييفها الشرعي، ندوة الوقف في الشريعة الإسلامية ومجالاته، المملكة العربية السعودية، الرياض،2002، ص 12.

[148] " ونلاحظ عند إجراء مقارنة بين الصندوقين وجود قدر من التشابه فيما بينهما؛

- ✓ يقوم كلا الصندوقين على أساس الشريعة الإسلامية ويلتزم بضوابطها من حيث أحكام فقه المعاملات ومراعاة الحلال والحرام. وإدارة الصندوق الوقفي الاستثماري تستند إلى وجود مجلس إدارة يتكون من حملة الأسهم وهم بدورهم يستدون ذلك إلى مدير يقوم بتوجيه الأسهم حسب نوعها لتحقيق المرجوة منها.

الصناديق الاستثمارية الوقفية فهي جمع للمال بهدف الاستثمار ثم صرف أرباح البرنامج الاستثماري في أوجه الخير[149].

- ✓ أما إدارة الصندوق الوقفي فتسند إلى مجلس إدارة أيضا، إلا أنه يتكون من عدد العناصر الشعبية ومدير للصندوق من بين موظفين قطاع الأوقاف، ويتولى مجلس الإدارة إقرار سياسات وخطط برامج الصندوق في نطاق أحكام الوقف.
- ✓ تتم الدعوة لتشكيل الصندوق الوقفي الاستثماري عن طريق المصارف الإسلامية أو الشركات الاستثمارية الإسلامية المختلفة. بينما تتم الدعوة للاكتتاب في الصناديق الوقفية عن طريق إدارة الأوقاف في الدولة.
- ✓ عدم إمكانية تصفية كلا الصندوقين إلا طبقا لتشريع المنظم للأوقاف داخل البلد وليس بإرادة حاملي الأسهم أو مدبريه."

انظر: أسامة عبد المجيد العاني، نحو تسويق استراتيجي للصندوق الوقفي الاستثماري، مجلة الاقتصاد الإسلامي، المجلد 41، العدد 486، أبريل 2021، ص 500.

[149]بوكرديد عبد القادر وسحنون جمال الدين، مرجع سابق، ص 103.

الفقرة الثانية: أنواع صناديق الاستثمار الوقفية

إذا كانت الصناديق الاستثمارية تتنوع وتتعدد تبعا للمعايير المعتمدة في تصنيفها فتفرز لنا في الغالب صنفين أو اكثر من تلك الصناديق المتقابلة فيما بينها حسب كل معيار[150]، فإنه على العكس من ذلك نجد صناديق الاستثمار الوقفية لا تخضع لنفس القاعدة إذا ما تم تصنفيها طبقا لذات المعايير[151]؛ فنظرا لخصوصية الأموال الوقفية وما يتطلبه الاستثمار فإننا نكون أمام مجموعتين من المعايير: مجموعة أولى يصنف لنا كل واحد منها صناديق الاستثمار الوقفية إلى نوعين اثنين (أولا)، ومجموعة أخرى لا تصنف الصناديق المذكورة إلى نوع واحد (ثانيا).

أولا) أنواع صناديق الاستثمار الوقفية حسب المعايير المتعددة التصنيف:

أ) من حيث الدعوة للاكتتاب فيها: فقد تكون صناديق الاستثمار الوقفي إما نوع الطرح العام حيث تتم دعوة الجميع للمشاركة فيها، أو تكون من نوع الطرح الخاص حيث يفتح باب المشاركة لعدد محدود من المشاركين.

ب) من حيث هيكل الرأسمال: قد تكون صناديق الاستثمار الوقفية مفتوحة حيث تكون ذات رأسمال متغير تزداد بإنشاء وحدات جديدة، أو تنقص كما إذا تعلق الأمر بالوقف المؤقت. كما يمكن أن تكون هذه الصناديق مغلقة حيث تقوم بإصدار كامل رأسمالها مرة وادة للاكتتاب العام عند تأسيسها ومن تم يكون العدد الكلي لوحدات الاستثمار المصدرة غير قابلة للزيادة.

ت) من مكان الاستثمار: قد يكون نطاق استثمار صندوق الاستثمار الوقفي وطنيا لا يتجاوز حدود البلد الذي ينتمي إليه، أو قد يكون نطاقه أوسع من ذلك فيكون عالميا.

ث) من حيث تحمل تكلفة البيع: تبعا لهذا المعيار فصندوق الاستثمار الوقف قد يكون محملا يقوم بتسويق إصداراته من الوثائق من خلال منافذ توزيع (رجال بيع أو سماسرة)

---

[150] انظر:

- ✓ عبد الله بن محمد الدخيل وسلطان بن محمد الجاسر، مرجع سابق، ص 38 وما يليها.
- ✓ بوكرديد عبد القادر وسحنون جمال الدين، مرجع سابق، ص 105 وما يليها.
- ✓ جعفر سمية، مرجع، سابق، ص 90 وما يليها.

[151] صديقي أحمد وفقيقي سعاد، مرجع سابق، ص 151.

مقابل رسوم يتحملها المستثمر الذي يشتري الوثيقة، وتضاف قيمة عمولة السمسار الكلية إلى صافي قيمة الأصول. أوقد يكون الصندوق غير محمل يقوم بتسويق إصداراته مباشرة دون وسطاء من خلال الإعلان عنها في وسائل الإعلام المختلفة.

ثانيا) أنواع صناديق الاستثمار الوقفية حسب المعايير أحادية التصنيف:

أ) من حيث الأهداف التي يسعى إليها الصندوق: تصنف صناديق الاستثمار الوقفية ضمن صناديق الدخل التي تهدف إلى تحقيق عائد دوري مناسب على الاستثمار، وهو بذلك ليس من صناديق النموذات العائد التراكمي لرأسمال، أو تلك الصناديق المتوازنة ذات الطبيعة المختلفة التي تجمع بين النوعين السابقين، ثم أنه ليس من صناديق الضريبة التي تسعى دون دفع الضريبة على الأرباح من قبل المستثمرين؛ والتي لا تقوم بتوزيع الأرباح المتحصلة من الاستثمار عليهم و إنما تعيد استثمارها في محافظ مالية مقابل حصوص المستثمرين على أسهم أو وثائق إضافية بما يعادل قيمتها.

ب) من حيث محل الاستثمار: تعد صناديق الاستثمار الوقفية من الصناديق التي تستثمر في مجالات استثمارية قليلة المخاطر كالعقار والسلع والمعادن النفيسة وغيرها... دون المجالات ذات المخاطر كالعملات والأسهم.

ت) من حيث السياسات والاستراتيجيات المتبعة: تعتبر صناديق الاستثمارية للوقف من قبيل الصناديق المتحفظة الدفاعية التي لا تتقبل استثمارات عالية المخاطر، وبالتالي فهي ليست بالصناديق الهجومية التي تكون استثماراتها عالية المخاطر أو حتى تلك الصناديق المتوازنة التي تحاول التوليف بين النوعين السابقين.

وهكذا وبعد التطرق لكل من مفهوم صندوق الاستثمار الوقفي و أنواعه المختلفة سنحاول في المطلب الموالي بحث مختلف العلاقات القانونية التي يتميز بها وكذا المزايا والخصائص التي يتمتع بها كأسلوب جديد في استثمار الأملاك الوقفية.

المطلب الثاني: العلاقات القانونية لصندوق الاستثمار الوقفي ومزاياه

يتميز صندوق الاستثمار الوقفية بوصفه مؤسسة قانونية بوجود شبكة من العلاقات المختلفة أبرزها ما يربط مدير هذا الصندوق بمجموعة من المتدخلين فيه (الفقرة الأولى)، كما

لأن لهذه المؤسسة مجموعة من المزايا والخصائص التي تبرر اللجوء إليه كصيغة عصرية للاستثمارات الوقفية يمكن الركون إليه لتحقيق التنمية الشاملة في أي بلد (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: العلاقات القانونية لصندوق الاستثمار الوقفي

يقوم عمل صندوق الاستثمار الوقفي على شبكة من العلاقات القانونية حيث نجد مديره طرفا أصيلا فيها[152]، وهي كالتالي:

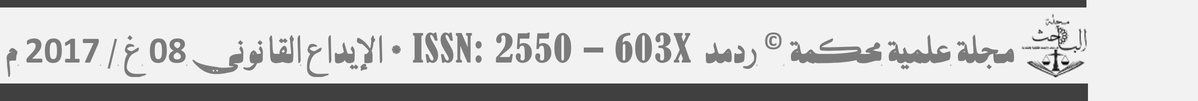
أولا) العلاقة بين الواقفين ومدير الصندوق الاستثماري الوقفي: هذه العلاقة ينظر إليها من زاويتين اثنتين؛ أولهما أنها علاقة وكالة بأجر على اعتبار أن مدير الصندوق يربطه عقد مع مجموعة الواقفين يلزمه بإدارة الوحدات الوقفية المكونة لهذا الصندوق مقبل أجر يتقاضاه على ذلك، وثانيهما أنها علاقة مضاربة حيث يقدم الواقفون الأموال ويتولى مدير الصندوق العمل على استثمارها نظير حصة من معلومة من الأرباح.

ثانيا) العلاقة بين مجلس صندوق الاستثمار الوقفي ومديره: يتولى مجلس الصندوق عملية الإشراف على أعمال مديره، وهو مكون من مجموعة من الأعضاء الذين يمثلون الواقفين، ويمكن إجمال مهام المجلي فيما يلي:

1. اتخاذ القرارات في جميع العقود والتقارير الجوهرية التي يكون الصندوق طرفا فيها.
2. الإشراف على أعمال الصندوق التي ينجزها مديره.
3. مراقبة مدى التزام المدير النصوص القانونية والتنظيمية المتعلقة بعمل الصندوق.
4. التأكد من قيام المدير بمسؤولياته بما يحقق مصلحة مالكي الوحدات وفقا لشروط قيام الصندوق والأحكام المنظمة له.

ثالثا) العلاقة بين مدير صندوق الاستثمار الوقفي وهيئة السوق المالية: يعتبر مدير صندوق الاستثمار الوقفي، بوصفه ممثله القانوني، المسؤول الأول أمام هيئة السوق المالية فهي التي ترخص لإنشاء الصندوق، وتعمل على التأكد من سلامته وموافقته للشروط النظامية، وتراقب عمله، ومدى التزام المدير بشروط الصندوق وأحكامه.

[152] عبد الله بن محمد الدخيل وسلطان بن محمد الجاسر، مرجع سابق، ص 53 وما يليها.



الفقرة الثانية: مزايا صناديق الاستثمار الوقفية

يتمتع العمل في قطاع الأوقاف عن طريق الصناديق الاستثمار الوقفي بمجموعة من المزايا[153]، والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

أولا) إدارة الاستثمارات من طرف جهة متخصصة: يتم خلال العمليات الاستثمارية المجزة من قبل مدير الصندوق الاستفادة من خبرة وكفاءة هذا العنصر في اتخاذ أفضل القرارات الاستثمارية، ومنح الواقفين غير المتخصصين في الاستثمار ومهارات التحليل المالي فرصة للاستفادة من معرفة ومهنية المختصين بهذا مجال إدارة واستثمار الأصول، كما يسمح للوقف بالوصول إلى أفضل النتائج الاستثمارية الممكنة.

ثانيا) الرقابة الجيدة على العمل الوقفي: تخضع صناديق الاستثمار الوقفي لرقابة واسعة داخلية يمارسها مجلس الصندوق وأخرى خارجية وذات طابع مزدوج بشراكة كل من الجهة الحكومية المكلفة بالإشراف على قطاع الأوقاف داخل البلد وأيضا من قبل هيئة السوق المالية، وعنصر الرقابة هذا يساهم بشكل أساسي في تتبع وتوطيد دعائم الأعمال الاستثمارية التي ينهجها الصندوق على أسس سليمة.

ثالثا) الرفع من شفافية أداء الأوقاف: تعد صناديق الاستثمار الوقفية ملزمة بالإفصاح الدوري عن نتائج أعمالها وما حققته خلال الاستثمارات التي قامت بها، ويتعلق الأمر بمختلف التقارير التي تنجزها الجهة مدبرة هذه الصناديق والتي تبين قدرة هذه الأخيرة على تنميتها، إذا أن المعلومات متاحة للجميع، يكون أمام جمهور الواقفين المتبرعين كافة المعطيات التي تمكنهم من المقارنة بين كفاءة مختلف الصناديق المذكورة.[154]

---

[153]انظر:

- ✓ بوكرديد عبد القادر وسحنون جمال الدين، مرجع سابق، ص 106.
- ✓ حسين عبد المطلب الأسرج، دور الصناديق الوقفية في التنمية، مجلة بحوث إسلامية واجتماعية متقدمة، المجلد الثاني، العدد الرابع، أكتوبر 2012، ص 377 وما يليها.
- ✓ حمادي موراد وفرج الله أحلام، مرجع سابق، ص 355.

[154]نظرا للتطور التكنولوجي الذي أصبح العالم يعيشه فإن كثير من الهيئات المشرفة على الأوقاف تلجأ إلى الشبكة العنكبوتية لنشر التقارير المتعلقة بصناديق الاستثمار الوقفية وما تنجزه من اعمال استثمارية لفترات زمنية مختلفة؛ ومن ذلك منصة الهيئة العامة للأوقاف بالمملكة العربية السعودية ذات الرابط العنوان الالكتروني: www.awqaf.gov.sa

رابعا) تنويع الاستثمارات وتقليل المخاطر: يتيح الاستثمار في إطار صناديق الاستثمار الوقفية للواقف إمكانية تنويع استثماراته بتكلفة أقل نسبيا من الاستثمار المباشر، كما تقلل من المخاطر الاستثمارية نتيجة لتنوع الوحدات الوقفية التي يمتلكها الصندوق، بالإضافة على التوزيع الممنهج للاستثمارات عبر نطاق أوسع من الأصول والمناطق الجغرافية والمجالات الاستثمارية تقليلا من مخاطر تركز الأصول والاستفادة من تباين عوائدها.

خامسا) فتح الأبواب أمام المشاركة الشعبية للمساهمة في الأوقاف: ويهم الأمر هنا بالأساس شريحة واسعة من المواطنين التي تمكنهم الصناديق الاستثمارية الوقفية من المساهمة في إقامة مشاريع وقفية متنوعة، صغيرة أو ضخمة، بما لهذه الصناديق من إمكانية تقسيم الرأسمال المطلوب لأجل إنجاز تلك المشاريع، مهما كان كبير، إلى وحدات صغيرة تكون في متناول جميع الشرائح الاجتماعية وإعطائهم بالتالي الفرصة في القيام بتلك الأوقاف.

سادسا) تجديد الدور التنموي للوقف: يساهم الاستثمار في قطاع الأوقاف عن طريق صناديق الاستثمار الوقفية في تجديد الدور التنموي لهذا القطاع وجعله رافعة أساسية لتحقيق التنمية الشاملة من خلال:

1. تحقيق الاستدامة المالية للجهات غير الحكومية والمؤسسات الوقفية عن طريق الاستفادة من عوائد الصناديق وفق قواعد محددة.
2. سد حاجات المجتمع بمختلف شرائحه المختلفة، خاصة الهشة منها، في مجالات تنموية متنوعة اقتصادية واجتماعية.
3. تطوير الأداء في العمل في مجال الوقف باعتماد آليات الحكامة الجيدة في تدبير الأملاك الوقفية واعتماد الكفاءة والخبرة في المهنية اللازمة في تحقيق النتائج المرضية.

وهذا بالإضافة لأهداف أخرى تشترك فيها مع الصناديق الوقفية ويتعلق الأمر ب:

1. إحياء سنة الوقف بالدعوة إلى مشروعات تجد القابلية لدى جمهور الواقفين.
2. إشباع حاجات الفئات الاجتماعية الهشة والمحتاجة للدعم لأجل تحقيق الاندماج الاجتماعي.
3. تطوير العمل الخيري من خلال نموذج جديد لتدبير الأوقاف.

خاتمة:

وهكذا ومن خلال المزايا والخصائص التي يتمتع بها الاستثمار بواسطة الصناديق الوقفية للاستثمار بوصفها صيغة من بين الصيغ المستحدثة للاستثمار الوقفي مدى الفرص المتاحة أمام المغرب للاستفادة منه لتحقيق النهضة المنشودة على مستوى التنمية الشاملة بالبلاد؛ وذلك بحكم القاعدة الواسعة لمجموع الواقفين المساهمين فيه لما يتميز به من صغر حجم القيم الوقفية المدرجة فيه، وكذا بالنظر للفرص المتاحة من خلاله لتحريك عجلة الاقتصاد الوطني وتشجيع الاستثمار الداخلي والخارجي، وأيضا من خلال التخفيف على الميزانية العامة للدولة في تلبية حاجيات عامة ذات طابع أساسي وملح لشيحة من المواطنين بوصفهم موقوف عليهم، هي في الأصل تشكل التزامات أصيلة لها اتجاههم، وبما يتيح إمكانية توجيه العديد من الاعتمادات اتجاه مشاريع عمومية أخرى أو صوب مناطق أخرى هي أيضا في حاجة ماسة لها.

هذا بالإضافة إلى الطابع المؤسساتي المنظم والحكامة الجيدة التي يتمتع بها هذا النوع من الاستثمار الوقفي الذي يحول دون الإخلال برصيد الأموال الوقفية المرصودة لذلك الاستثمار والعمل على المحافظة عليها واستدامتها حتى تحقق الأهداف المرجوة منها وفق منهج يطبعه النجاعة في تحقيق تلك الأهداف.

لائحة المصادر والمراجع:

➢ أسامة عبد المجيد العاني، نحو تسويق استراتيجي للصندوق الوقفي الاستثماري، مجلة الاقتصاد الإسلامي، المجلد 41، العدد 486، أبريل 2021.

➢ عبد الله بن محمد الدخيل وسلطان بن محمد الجاسر، الصناديق الاستثمارية الوقفية: دراسة نظرية تطبيقية، مكتبة الملك فهد، المملكة العربية السعودية، دون ذكر الطبعة، 1435 ه.

➢ محمد علي القري، صناديق الاستثمار الإسلامي، بحث مقدم إلى ندوة التطبيقات الاقتصادية الإسلامية المصرفية، المملكة العربية السعودية، جدة، 1418ه.

➢ حمادي موراد وفرج الله أحلام، دور الصناديق الاستثمارية في تفعيل دور القطاع الوقفي: صندوق الإنماء وريف الوقفي السعودي نموذجا، مجلة العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، المجلد 19، العدد الأول، دجنبر 2019.

➢ أحمد محمد هليل، مجالات وقفية مقترحة غير تقليدية لتنمية مستدامة، المؤتمر الثاني للأوقاف: الصيغ التنموية والرؤى المستقبلية، جامعة ام القرى، مكة المكرمة، 1427 هـ/ 2006 م.

➢ أسامة عبد المجيد عبد الحميد العاني، صناديق الوقف الاستثماري: دراسة فقهية اقتصادية، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة والقانون، بغداد، السنة الجامعية 1429هـ / 2008 مص 89.

➢ رحيم حسين، تطوير مؤسسات الوقف الإسلامي، نموذج صندوق الوقف النقدي الأصغر، المؤتمر الإسلامي العاشر للاقتصاد والتمويل الإسلامي: الجوانب المؤسسية للإصلاحات الاقتصادية والنقدية والمالية، الدوحة، قطر، 23-25 مارس 2015.

➢ رحيم حسين، تصكيك مشاريع الوقف المنتج: آلية لترقية الدور التنموي ودعم كفاءة صناديق الوقف حالة صناديق الوقف الريفية، مؤتمر الصكوك الإسلامية وأدوات التمويل الإسلامي، الأردن، نونبر 2013 م.

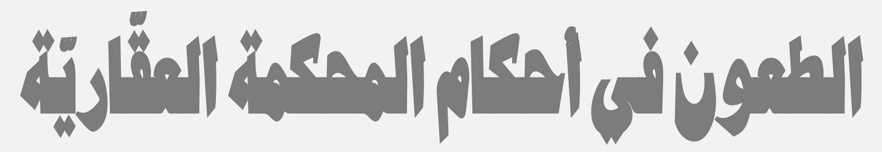
➢ رحيم حسين، التمويل الريفي الأصغر أي دور للصناديق الوقفية في مكافحة البطالة والفقر في الريف المغاربي؟، للملتقى الدولي الثاني حول المالية الإسلامية، الرؤية الإسلامية لمقاومة الفقر والبطالة عن طريق الزكاة والأوقاف والتمويل الأصغر، 27-29 يونيو 2013.

➢ عبد الجبار حمد عبيد السبهاني، وقف الصكوك وصكوك الوقف، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، العدد الثالث، أكتوبر 2015.

➢ صديقي أحمد وفقيقي سعاد، الصناديق الاستثمارية الوقفية كآلية لاستثمار أموال الوقف، مجلة الاقتصاد وإدارة الأعمال، المجلد الثاني، العدد السادس، 2018.

- بوكرديد عبد القادر وسحنون جمال الدين، صناديق الاستثمار الوقفية كآلية لتحقيق الاستدامة المالية للجمعيات الخيرية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد السابع، العدد الرابع، 2018.
- محمد علي القري، صناديق الوقف وتكييفها الشرعي، ندوة الوقف في الشريعة الإسلامية ومجالاته، المملكة العربية السعودية، الرياض،2002.
- أسامة عبد المجيد العاني، نحو تسويق استراتيجي للصندوق الوقفي الاستثماري، مجلة الاقتصاد الإسلامي، المجلد 41، العدد 486، أبريل 2021.
- حسين عبد المطلب الأسرج، دور الصناديق الوقفية في التنمية، مجلة بحوث إسلامية واجتماعية متقدمة، المجلد الثاني، العدد الرابع، أكتوبر2012.

الدكتورة سونية نوالي
حاصلة على هادة الدكتوراه في القانون الخاص



الطعون في أحكام المحكمة العقّاريّة

Appeals against the decisions of the real estate Court

مقدمة:

تقوم أحكام الفصل الثاني من مجلة الحقوق العينيّة على تفرقة أساسيّة بين العقّار والمنقول،[155] وعلى عكس المنقول يعتبر من العقارات كل شيء ثابت في مكانه لا يمكن نقله دون تلف،[156] وبمواصفاته تلك يكون للعقّار قيمة جوهريّة، ويمثّل على هذا الأساس موضوعا للقانون العقّاري الذي يرتبط من حيث الأصل بقانون الأموال، وهذا الأخير يعد فرعا من فروع القانون المدني.[157]

لكن بالرغم من هذا الترابط فإن مرجع النظر في المادة العقّاريّة يخرج عن مجال نظر المحاكم العدليّة ويدخل ضمن اختصاص المحكمة العقّاريّة، التي كانت تعرف بالمجلس المختلط العقّاري الذي أحدث عملا بأحكام الفصل 33 من القانون المؤرّخ في غرّة جويلية 1885 المتعلّق بالملكيّة العقّاريّة، ثمّ أصبحت تعرف بالمحكمة العقّاريّة بمقتضى الأمر العلي المؤرخ في 19 فيفري 1957، وبذلك فهي تعد أقدم محكمة في تونس وهي محكمة مدنيّة مختصّة إلا أنّه يصعب تحديد موقعها في التنظيم القضائي المدني لأنّها لم تنشأ في إطار المبدأ العام للتقاضي على درجتين.[158]

القضاء العقّاري إذن، يختص بالنظر في النزاعات العقّاريّة. فحسب الأستاذ أحمد بن طالب[159] للقضاء العقّاري مفهومان، أوّلهما واسع وثانيهما ضيّق، ففي مفهومه الواسع نميّز بين البعد الموضوعي المتمثّل في النطق بالأحكام طبق القانون لفصل نزاعات حول عقّارات، والبعد الهيكلي المتمثّل في كل محكمة أو هيئة حكميّة ذات نظر أصلي أو عرضي في مسائل عقّاريّة، وعلى

---

155 حسب الفصل الثاني من مجلة الحقوق العينيّة: "ينقسم المال إلى عقّار ومنقول".
156 ورد بالفصل 3 من مجلة الحقوق العينية: "العقّار هو كل شيء ثابت في مكانه لا يمكن نقله دون تلف".
157 زينة الصيد: محاضرات في القانون العقّاري التونسي، ص 1. (محاضرات منشورة).
158 محمد كمال شرف الدين: قانون مدني، النظريّة العامة- الأشخاص- إثبات الحقوق، الطبعة الأولى المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية 2002، ص113.
159 أحمد بن طالب: دراسة منشورة بالمجلة القانونيّة التونسيّة 2010، ص 99 و100.

هذا الأساس تعدّ المحكمة العقّاريّة صاحبة الاختصاص الأصلي، و يكون للمحكمة الابتدائيّة اختصاصا عرضيّا باعتبارها تنظر في الدعاوى الاستحقاقيّة العقّاريّة وبالمثل تنظر المحكمة الإداريّة فيما يتعلّق بالملك العمومي والانتزاع من أجل المصلحة العموميّة.

وبالرغم من أهميّة هذه التفرقة فإن المعيار المعتمد يبقى عاما وضبابيّا، فكون النزاع حول عقّار لا يغيّر شيئا من الوظيفة القضائيّة وفي تطبيق القانون كما لو كان النزاع حول منقول، وبهذا المعيار أيضا لا يمكن حصر النزاعات العقّاريّة، وبذلك يتجه التضييق في هذا المفهوم، حتى يكون المعنى أكثر دقّة ووضوحا، وبهذا المعنى يكون القضاء العقّاري هو قضاء المحكمة العقّاريّة.

إنّ المتأمّل في غزارة أحكام النصوص القانونيّة المتعلّقة بالمادة العقّاريّة يمكنه استنتاج التطور الذي عرفته المحكمة العقّاريّة على المستوى الهيكلي، الوظيفي والاجرائي خاصة.

فمنذ نشأتها كانت المحكمة العقّاريّة تتكون من خمس قضاة، ثمّ أصبحت عملا بمقتضى أحكام مرسوم 20 فيفري 1964 المتعلّق بنظام التسجيل الاجباري تنظر بتركيبة ثلاثيّة في مطالب التسجيل، ولئن مثّل التسجيل العقّاري الاختياري والاجباري على السواء مرجع نظرها الأصلي منذ صدور مجلة الحقوق العينية فإنّه في سنة 1992 صدر القانون المتعلق بتحيين الرسوم العقارية وتخليصها من الجمود في 27 أفريل 1992 ليضيف لها اختصاصا حكميا وقد كانت ولاية المحكمة العقّاريّة بصفة فعليّة على الرسوم المجمّدة منذ صدور قانون التحيين الثاني المؤرخ في 10 أفريل 2001 والذي تمّ تنقيحه بموجب القانون عدد67 لسنة 2009 المؤرخ في 12 أوت 2009 حيث تمّ إقرار الطعن بالاستئناف في أحكام التحيين الصادرة عن دوائر المحكمة العقّاريّة، وضمن نفس السياق الإجرائي شهدت حجيّة أحكام التسجيل العقّاري تدرجا تشريعيّا في اتجاه الحد منها، ففي مرحلة أولى امتدت بين سنتي 1885 و1995 كانت أحكام المحكمة العقّارية المتعلّقة بالتسجيل باتة غير قابلة للرجوع فيها، ثمّ وفي مرحلة لاحقة أقرّ القانون عدد 10 لسنة 1995 المؤرّخ في 1995/01/23 المتعلّق بتنقيح بعض فصول مجلة الحقوق العينيّة إمكانيّة مراجعة أحكام المحكمة العقّاريّة المتعلّقة بالتسجيل،[160] وتواصل الأمر على هذه الشاكلة إلى تمّ في مرحلة ثالثة

[160] في هذا الخصوص ورد بالفصل 330 من مجلة الحقوق العينيّة أنّه: " للأقارب أو الأصدقاء ووكيل الجمهورية وحكّام النواحي والولاّة صفة القيام مباشرة بالاعتراض نيابة عن القصّر والغائبين".

اعتبار الأحكام القاضية بالتسجيل في المادة العقّاريّة نهائيّة قابلة للطعن بالتعقيب طبقا لما جاء بمقتضى القانون عدد 67 لسنة 2008 المؤرخ في 2008/11/03 من أحكام.

ومن المؤكّد أنّ خيارات المشرّع عبر إقرار الطعن في الأحكام الصادرة عن المحكمة العقّاريّة قد جاءت حسما للجدل الفقهي والفقه قضائي حول مدى قابليّة الأحكام الصادرة عن المحكمة العقّاريّة في مادة التحيين للطعن هذا من جهة، ومن جهة أخرى كانت بهدف التخليّ عن الصبغة الباتة للأحكام القاضية بالتسجيل، الأمر الذي يمثّل ضمانة أساسيّة لحماية حق الملكيّة الذي أكساه المشرّع صبغة دستوريّة.

ومن الناحية التطبيقيّة اختلفت هذه الطعون في المادة العقّاريّة عن نظيرها في المادة المدنيّة والتجاريّة، وهو ما تجلى بوضوح على المستوى الإجرائي، فقد اختلفت الآجال وتغيّرت الآثار وهي خصائص جديدة فرضتها طبيعة المادة العقّاريّة ككل، فكون العقّار وحق الملكيّة بالأساس يمثّل موضوع نظر من قبل المحكمة العقّاريّة فإن هذا يجعل من الصعوبة بمكان، فحفظ الحقوق العقّاريّة يبقى دائما من أصعب المهام القضائيّة.

وفي محاولة لضبط خصوصيّة الطعون في أحكام المحكمة العقّاريّة يكون مهمّا طرح الإشكاليّة التالية: ماهي خصوصيّة الطعون في الأحكام الصادرة عن المحكمة العقّاريّة؟

أمام ما يمكن ملاحظته اليوم من تشعّب للنزاعات العقّاريّة وتعقّدها على شاكلة خطيرة، تدخّل المشرّع التونسي عديد المرّات بموجب تنقيحات متتالية تهمّ المادة العقّاريّة، فبهدف توفير أكثر ضمانات للمتقاضين تمّ إقرار مبدأ التقاضي على درجتين من خلال تكريس الطعن بالاستئناف في الأحكام الصادرة في مادة التحيين (مبحث أوّل) والطعن بالتعقيب في أحكام المحكمة العقّاريّة القاضية بالتسجيل (مبحث ثاني).

مبحث أوّل: خصوصيّة الطعن بالاستئناف في الأحكام الصادرة في مادة التحيين

لقد كرّس المشرّع التونسي الطعن بالاستئناف في مادة التحيين ونظرا لتعلّقه بالمادة العقّاريّة فإن لهذا الطعن خصوصيّة على مستوى الإجراءات المتّبعة (فقرة أولى) والأثار المترتبة (فقرة ثانية)

فقرة أولى: خصوصيّة الطعن بالاستئناف من حيث الإجراءات المتّبعة

إن المنطق يقتضي أن يكون لكل عقّاررسم عقّاري يحفظه، يعرّفه ويضبط حدوده، وهو الهدف الذي يرمي إليه المشرّع من إقراروجوبيّة التسجيل، الذي يقصد به إخضاع العقّارلنظام الإشهارالعقّاري وذلك بإقامة رسم عقّاري للعقّار، وإدراجه بالسجل العقّاري المتمثّل في مجموع الرسوم العقّاريّة المتعلّقة بالعقّارات الذي تمسكه إدارة الملكيّة العقّاريّة،[161] إذ يتوجب إدراج كل العمليات المتعلّقة بالعقّاربذات السجل، وفي صورة عدم احترام ذلك الاجراء يصبح الرسم العقّاري مجمّدا، والمقصود هنا ذلك الرسم الذي لا تتطابق وضعيته القانونيّة مع وضعيته الو اقعيّة، وبالنظر لوضعيته تلك يتّجه تحيينه وتخليصه من جموده، وهي وظيفة موكولة للمحكمة العقّاريّة، فحسب قراروزيرالعدل المؤرّخ في 30 ماي 2016 المتعلّق بضبط مرجع نظر المحكمة العقّاريّة يتمثّل مرجع النظرالحكمي للمحكمة العقّاريّة في:

- التسجيل العقّاري بنوعيه الاختيارعن طريق المطالب الخاصة والاجباري عن طريق المسح وذلك في كامل تراب الجمهوريّة
- تحيين الرسوم العقّارية وتخليصها من الجمود
- مراجعة الأحكام الصادرة عنها وإصلاحها
- النظرفي الطعون التي توجه ضد قرارات اللجان الجهويّة لتحيين الرسوم أوضد قرارات حافظ الملكيّة العقّاريّة.

وتعد أحكام المحكمة العقّاريّة من حيث المبدأ أحكاما ولائيّة، والمقصود بذلك أنّها لا تتعلّق بخصومة قضائيّة بل تقرّر ما كان موجودا من الحقوق، ومهما يكن من أمرفإن الطعن بالاستئناف يضلّ ضمانة إجر ائيّة في التقاضي تحقيقا لمحاكمة عادلة، وعلى هذا الأساس فإنه وبمقتضى القانون عدد 34 لسنة 2001 المؤرّخ في 10-04-2001 المتعلّق بتحيين الرسوم العقّاريّة، منح المشرّع للمتقاضين إمكانيّة الطعن بالاستئناف في الأحكام الصادرة في مادة التحيين حيث ورد بالفصل 28 من هذا القانون طبقا للتنقيح الذي شمله بموجب القانون عدد 67 لسنة 2009 المؤرخ في 12 أوت 2009 أنّ " الأحكام الصادرة في مادة التحيين تطبيقا لهذا القانون تقبل الطعن بالاستئناف ممن له مصلحة سواء كان طرفا في الحكم المستأنف طالبا أو

---

[161] زينة الصيد: محاضرات في القانون العقّاري التونسي، (محاضرة منشورة) ص 2.



معترضا أو متداخلا، أو لم يكن طرفا فيه، وذلك في أجل يبتدئ من يوم صدور الحكم بالتحيين وينتهي بانتهاء ستين يوما من تاريخ إدراج هذا الحكم بالسجل العقّاري"، بعد أن كانت أحكام نفس الفصل تنص على عدم إمكانية الطعن في الأحكام الصادرة في مادة التحيين.[162]

وبذلك تمّ التخلي عن الصبغة النهائيّة للأحكام في المادة العقّاريّة، من خلال عدم إخضاعها للطعن العادي أو غير العادي، وهي صبغة كانت قد عايشت قضاء المحكمة العقّاريّة طويلا، وبالرغم أنّ هذا التنقيح الذي تمّ بمقتضاه تكريس الطعن بالاستئناف قد جاء متأخرا على حد وصف الأستاذ مصطفى الصخري،[163] فقد كان من المتجه إقرار الطعن بالاستئناف في الأحكام الصادرة عن المحكمة العقّاريّة منذ أمد بعيد على غرار ما هو معمول به في المادة المدنيّة، التجاريّة، الجزائيّة والإداريّة أيضا، فإن له من الخصائص التي من شأنها تدعيم جدواه.

حيث يتميّز الاستئناف في مادة التحيين العقّاري عن الاستئناف المدني وهو ما يتجلى من خلال الوسائل الاجرائيّة التي يمربها فلئن أقرّت أحكام الفصل 28 المنقح بمقتضى القانون عدد 67 لسنة 2009 المؤرّخ في 12 أوت 2009 إمكانيّة الطعن بالاستئناف في الأحكام الصادرة في مادة التحيين، فإن الاستئناف قد حافظ من جهة على أهم خصائصه المتمثّلة في المفعول الانتقالي والمفعول التعليقي طبقا لما ورد بمجلة المرافعات المدنيّة والتجاريّة وتميّز من جهة أخرى في المادة العقّاريّة بخصائص مستحدثة فحسب قول الأستاذ منير الفرشيشي،[164] " الملاحظ إنطلاقا من الاطّلاع على هذه الأعمال التشريعيّة الجديدة أنّ المشرّع التونسي لم يتوصّل إلى إخضاع أحكام المحكمة العقّاريّة على طرق الطعن المعتمدة في مجلة المرافعات المدنيّة صراحة بل حاول أن يطوّع هذه الوسائل إلى طبيعة أحكام التسجيل فتارة يعتمد الطعن بالتعقيب بالنسبة لأحكام التسجيل وطورا يعتمد الطعن بالاستئناف فقط بالنسبة لأحكام التحيين والملاحظ أيضا أنّ اعتماد كل من الوسيلتين لا يمر ضرورة ولا يستوجب الوسيلة

---

[162] اقتضت أحكام الفصل 28 من القانون عدد 34 لسنة 2001 مؤرخ في 10 أفريل 2001 المتعلّق بتحيين الرسوم العقّاريّة"الأحكام الصادرة تطبيقا لهذا القانون لا تقبل الطعن بالاعتراض ولا بالاستئناف ولا بالمراجعة ولا بأية وسيلة أخرى".

[163] مصطفى الصخري: الطعون في النزاعات العقّاريّة، مداخلة في ملتقى علمي من تنظيم مخبر القانون المدني بكليّة الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس وإدارة الملكيّة العقّاريّة بمناسبة خمسينيّة مجلة الحقوق العينيّة، تونس في 11 فيفري 2016، ص 44 و45.

[164] منير الفرشيشي: الجامع في القانون العقّاري، أبواب للنشر، ص 397.



الأخرى، فالطعن بالتعقيب لا يوجب المرور بالاستئناف ولا الاستئناف يوجب المرور إلى التعقيب ولعلّ في ذلك لنظر".

والمقصود بهذا القول هو أنّ الاستئناف في المادة العقّاريّة يجعل الأحكام المستأنفة بعد النظر فيها باتة لا تقبل الطعن بالتعقيب وعلى هذه الشاكلة لم يرد الطعن بالاستئناف في المادة العقّاريّة تكريسا لمبدأ التقاضي على درجتين مثلما نصّت عليه مجلة المرافعات المدنيّة والتجاريّة، وهنا نلاحظ اختلافا جذريّا بين استئناف أحكام الحق العام واستئناف أحكام المحكمة العقّاريّة.[165]

وهه الخاصيّة التي للاستئناف في المادة العقّاريّة تمّ تكريسها بالأساس في إطار أحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 32 جديد "...وتكون أحكامها باتة ولا تقبل الطعن بالتعقيب".

وبالإضافة إلى هذه الخاصيّة يتميّز الاستئناف أيضا من حيث موضوعه، أطرافه، وآجال انقضائه.

فمن حيث الموضوع ننطلق من القول بأن الاستئناف يعد وسيلة طعن عاديّة، ترفع في جميع النزاعات، والواضح أنّ أحكام الفصل 28 جديد قد أقرّت إمكانيّة الطعن بالاستئناف ضد أحكام التحيين، حيث تنظر دوائر الاستئناف في مطالب الاستئناف وفي المطالب الجديدة أيضا، وبالأساس يمكن الطعن بالاستئناف في حكم التحيين سواء صدر عن قاضي السجل أو دائرة الرسوم المجمّدة ولا يمكن الطعن بالاستئناف في أحكام التسجيل أو الطعن في قرارات حافظ الملكيّة وأحكام الإصلاح.

أمّا بالنسبة للأطراف المخوّل لهم الطعن بالاستئناف فإن المشرّع بمقتضى تنقيح 2009 قد وسّع في نطاق الطعن بالاستئناف من حيث الأطراف، لكن للأسف لم يحدّد كيفيّة التداخل والاعتراض على مطلب التحيين.

فعملا بأحكام الفصل 32 جديد من قانون التحيين تتعهد الدائرة الاستئنافيّة في مطلب الاستئناف وكذلك في الطلبات الجديدة التي يمكن أن يقدّمها لها الأطراف بشرط أن تكون مرتبطة بالرسم العقّاري موضوع التحيين،[166] وصيغة الإطلاق التي وردت عليها هذه الأحكام تؤدّي

---

[165] منير الفرشيشي: (مرجع سابق) ص 404.

[166] ورد بالفصل 32 جديد من القانون عدد 67 لسنة 2009 المؤرخ في 12 أوت 2009 المتعلّق بتنقيح بعض أحكام القانون عدد 34 لسنة 2001 المؤرخ في 10 أفريل 2001 والمتعلّق بتحيين الرسوم العقّارية: " تنظر الدائرة



إلى قبول كل تداخل واعتراض،[167] وعلى هذا الأساس يمكن لغير الأطراف الأصليّة طلب الاستئناف كلّما كانت لهم مصلحة في ذلك،[168] وهو ما يتأكد من خلال ما ورد بالفصل 30 من نفس القانون، حيث يرفع الاستئناف طبقا لما ورد بالفصل 30 المنقح بمقتضى القانون عدد 67 لسنة 2009 المتعلّق بتحيين الرسوم العقّاريّة، بواسطة محام لدى التعقيب أو لدى الاستئناف وبواسطة المكلّف العام بنزاعات الدولة. وتتضمن عريضة الدعوى مجموعة من التنصيصات المتمثّلة أساسا في تحديد هويّة الطرف المستأنف وصفته إن كان طالبا في الأصل أو معرضا أو متداخلا أو طرفا جديدا وعدد الحكم المستأنف وتاريخه ونصّه والمحكمة التي أصدرته، فكل من توفّرت فيه صفة الطرف في الطور الابتدائي سواء بوصفه طالبا أو معارضا أو متداخلا يمكنه الطعن بالاستئناف، وأكثر من ذلك فقد خوّل المشرّع حق الطعن بالاستئناف لغير الخصوم أي لكل طرف جديد يكون قد تضرّر من الحكم محل الطعن، وبذلك يكون المشرّع قد خالف ما أتت عليه أحكام الفصل 152 من مجلة المرافعات المدنيّة والتجارية التي تقضي في مجملها ضرورة رفع الطعن بالاستئناف من قبل من صدر ضدّه الحكم فحسب هذا الفصل:" لا يمكن أن يرفع الاستئناف إلا من الأشخاص المشمولين بالحكم المستأنف أو خلفائهم أو من ممثل النيابة العموميّة في الأحوال التي عيّنها القانون. كما لا يجوز رفع الاستئناف على من لم يطن خصما في الدعوى المتسلط عليها الحكم المستأنف".

ويلاحظ الأستاذ مصطفى الصخري[169] أن المشرّع قد أراد تمكين الغير من الاستئناف في الحكم الابتدائي ومنعه من الاعتراض عليه في حين كان من الأجدى للمتضرر منه رفع اعتراض وفقا لأحكام الفصل 168 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

وبخصوص الآجال ورد بأحكام الفصل 28 جديد الأحكام الصادرة في مادة التحيين أن يقبل الطعن بالاستئناف ممن له مصلحة سواء كان طرفا في الحكم المستأنف، طالبا أو معترضا أو

الاستئنافية في مطلب الاستئناف وكذلك في الطلبات الجديدة التي يمكن أن يقدمها لها الأطراف بشرط أن تكون مرتبطة بالرسم العقّاري موضوع التحيين".

[167] أحكام الفصل 28 جديد من القانون المتعلق بالتحيين.

[168] منير الفرشيشي: (مرجع سابق) ص 408.

" هذا التأويل لا يتنافى مع المبادئ الاجرائيّة والأصليّة للقانون. حيث تقول القاعدة أن عبارة النص التي وردت مطلقة جرت على إطلاقها، كما أنّ قواعد التأصيل الاجرائي تنص انّ للاستئناف أثر انتقالي وأثر تعليقي وأنّ الدائرة الاستئنافيّة تتعهّد بالمطلب من جديد وكأن المطلب يرفع لأوّل مرّة وعليه فتكون بذلك جميع الوسائل والطرق الحمائيّة والقضائيّة مشمولة فيه بما في ذلك التداخل والاعتراض. وهو أمر بيّنه المشرّع صلب الفصل 153 من مجلة المرافعات المدنيّة والتجاريّة الذي نصّ أن التداخل يقبل لدى الاستئناف بشرط الانضمام إلى أحد الخصوم أو كان من شخص من له حق الاعتراض على الحكم".

[169] مصطفى الصخري: (مرجع سابق) ص 48.

متداخلا أو لم يكن طرفا فيه وذلك في أجل يبتدئ من يوم صدور الحكم بالتحيين وينتهي بانتهاء ستين يوما من تاريخ إدراج هذا الحكم بالسجل العقّاري، و بمقارنة بين الأجل الذي نصّت عليه هذه الأحكام وبين أجل الاستئناف في المادة المدنية وهو من حيث المبدأ عشرون يوما من تاريخ الاعلام بالحكم نلاحظ أن المشرّع قد اعتمد آجالا جديدة للاستئناف و طريقة جديدة لبداية سريانها، فأجل الاستئناف ستون يوما من تاريخ الادراج الحكم بالسجل العقّاري، وعلى هذا الأساس فإن بداية سريسان الأجل لا ينطلق من تاريخ الاعلام بالحكم أو من تاريخ صدوره بل من تاريخ إدراجه بالسجل العقّاري، ويرى الأستاذ منير الفرشيشي[170] أن أجل الاستئناف فعليّا يتجاوز مدّته القانونيّة ذلك أن ما بين فترة صدور الحكم وفترة إدراج الحكم بالسجل العقّاري توجد فترة قد تطول أو تقصر وبالتالي لا يمكن بموجب ذلك حصرها.

وبقراءة متكاملة للفصول 28، 29، 30، و31 من قانون التحيين نستشف أن استئناف أحكام التحيين العقّاري يرفع لدى الدائرة الاستئنافيّة بالمركز الأصلي للمحكمة العقّاريّة من طرف محام لدى التعقيب أو لدى الاستئناف أو بواسطة المكلف العام بنزاعات الدولة،[171] في أجل يمتد من تاريخ صدور الحكم المستأنف إلى نهاية ستّين يوما من تاريخ الادراج بالسجل العقّاري.

وتتضمن عريضة الاستئناف مجموعة من التنصيصات طبقا لما ورد بنص الفصل 30 جديد تكون مشفوعة بما يفيد تأمين مبلغ ثلاثين دينارا بعنوان خطية تسلط على المستأنف إن رفض استئنافه ويعفى من هذا التأمين المكلف العام بنزاعات الدولة والمسعفون بالإعانة العدليّة. وقد أوجب المشرع في إطار أحكام الفصل 31 جديد من قانون تحيين الرسوم العقّاريّة أن يتلقى كاتب المحكمة عريضة الاستئناف ويقيدها بالدفتر المعد لذلك ويكاتب في جلب الملف وعند وروده يحيله على رئيس المحكمة العقّارية الذي يعينه للجلسة، وعندما يرد الملف على

---

[170] منير الفرشيشي: (مرجع سابق) ص 410.

[171] منير الفرشيشي: (مرجع سابق) ص 442.
" المشرّع اعتبر أيضا أن استئناف أحكام التحيين العقّاريّة مسألة قانونيّة وتنازعيّة بالأساس: لأن اعتماد قاعدة الاستئناف وممارستها يعني بالضرورة أنه هناك خلاف حقيقي بين الأطراف المشمولة بالحكم أو حتى غير المشمولة به وهذا الخلاف يكون قطعا خلاف قانوني لأن أعمال التحيين تتنزّل هي أيضا بالضرورة على حق الملكيّة أو أحد الحقوق المتفرّعة عنها وكذلك على العمليات القانونيّة الواردة على السجل العقّاري لذلك اعتمد على قاعدة إجرائيّة واضحة وهو أن رفع الاستئناف لا يكون إلا من طرف محام لدى التعقيب أو لدى الاستئناف، واقعة في ذلك المحامي المتربص، أي أن المشرّع بقي وفيا للمبدأ العام في المادة الاجرائيّة وهو إنابة المحامي وجوبيّة في المادة العقّاريّة وباعتبار هذا الوجوب فإن المحامي المتربص لا يجوز له النيابة لأن نيابته ممكنة فقد فقط في القضايا التي لا تستدعي حضور محام هذا ولئن كانت إنابة المحامي وجوبية في الاستئناف فإنها غير مطلقة لأن المشرّع أعطى أيضا للمكلف العام بنزاعات الدولة حق القيام بالاستئناف مباشرة".

الدائرة الاستئنافية يعيّن رئيسها قاضيا مقررا من بين أعضائها ويأذن بإعلام إدارة الملكيّة العقّاريّة بوقوع الاستئناف لتتولى قيده قيدا احتياطيا بالرسم العقّاري كما يأذن باستدعاء الأطراف للجلسة حسب الصيغة المبينة بالفصلين 342 و343 من مجلة الحقوق العينية، حيث تقع الاعلامات الموجهة للخصوم المعنيين بواسطة أعوان السلطة الإدارية الذين يقتطعون وصلا منها يوجهونه الى الصادر منه الاعلام وتضاف إلى ملف كل عقار نسخة من ذلك الاعلام مع الاعلام بالبلوغ. هذه الطريقة المعتمدة في الاعلام كانت محل نقد فقد اعتبر الأستاذ مصطفى الصخري[172] الذي رأى أنّه من الأنجع تنقيح الفصل 31 من القانون عدد 34 لسنة 2001 المنقح بالقانون عدد 67 لسنة 2009، ذلك أن طريقة التبليغ وفق الفصلين 342 و 343 من مجلة الحقوق العينية غير ناجعة خاصة وأن المحكمة العقارية تعتمد طريقة التبليغ عن طريق البريد غير مضمون الوصول وهو ما يؤدي إلى تأخير في توزيعه علاوة على أنه لا يحقق الضمانات اللازمة في التبليغ، فمن الأجدى استدعاء المحامي الطاعن بالاستئناف بطريقة كتابية تترك أثرا مع الاعلام بالبلوغ.

كما يجب على محامي المستأنف أن يقدّم مؤيدات الاستئناف على كتابة الدائرة الاستئنافية أو إلى الدائرة نفسها بالجلسة المعنية له القضية مرفوقة بنسخة من الحكم المستأنف، وهو إجراء معمول به في مجال الطعون بشكل عام، وفي المقابل على المستأنف ضده إذا أراد الجواب أن يقدم بواسطة محام مذكرة في دفاعه ومؤيداته.

فقرة ثانية : خصوصيّة الطعن بالاستئناف من حيث الاثار المترتبة

يتميّز الاستئناف في المادة المدنيّة بخاصيتين أساسيتين، فباعتباره جاء تكريسا لمبدأ التقاضي على درجتين يكون لهذا الطعن مفعول تعليقي ومفعول انتقالي، حيث يقصد بالأوّل طبقا لمقتضيات الفصل 146 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية أن الأحكام الابتدائيّة يعطّل تنفيذها إلا فيما استثناه القانون، ويقصد بالأثر الانتقالي أن الاستئناف ينقل الدعوى برمّتها أي بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف وذلك في خصوص ما تسلّط عليه الاستئناف، ولئن حافظ الاستئناف فيما يتعلّق بأحكام التحيين العقّاري على مفعوله الانتقالي وهو ما يتأكد من خلال ما ورد بالفصل 32 جديد من قانون التحيين، حيث تعيد الدوائر الاستئنافيّة النظر في مطلب التحيين كما لو لم يصدر أصلا وهو ما يعبّر عنه بالأثر الانتقالي

[172] مصطفى الصخري: (مرجع سابق) ص 51.



للاستئناف، فإن المفعول التعليقي للاستئناف قد غاب، ففي المادة العقّارية نجد أن عدم الاستئناف هو الذي يعلّق التنفيذ وليس العكس، وهو ما نصت عليه أحكام الفصل 24 جديد، فحسب نص هذا الفصل: " يتم تنفيذ الحكم الصادر بالتحيين حالا بعد إعلام الخصوم طبق أحكام الفصل 349 من مجلة الحقوق العينية، ويجب على إدارة الملكيّة العقّاريّة التنصيص بالرسم العقّاري على الحكم عند إدراج كل عمليّة يتم الإذن بها بموجبه، كما يجب عليها التنصيص على أنّ هذا الحكم قابل للاستئناف من كل من له مصلحة إلى نهاية أجل ستين يوما من تاريخ إدراجه بالرسم العقّاري. ولا يجوز لإدارة الملكيّة العقّاريّة إجراء أيّة عمليّة مطلوبة ما لم يقع الادلاء لها بما يفيد عدم استئناف الحكم المطعون فيه. ولا يجوز للغير التمسّك بحسن النية عند اكتسابه حقا على العقّار ما دام أجل الاستئناف قائما وإلى حين إدراج قيد احتياطي لمطلب الاستئناف بالرسم العقّاري إن تمّ استئناف الحكم المطعون فيه. ويقع إعلام إدارة الملكيّة العقّاريّة بصدور الحكم القاضي برفض مطلب التحيين المقدّم وفقا لأحكام الفصلين 10 و11 من هذا القانون".

إذن بمجرد ترسيم حكم التحيين يجب أن تنص الإدارة على أن الحكم قابل للاستئناف ولا يمكن إجراء أيّة عمليّة إلا بالإدلاء بما يفيد عدم استئناف الحكم حتى يتم تعليق التنفيذ.

وحول هذه النقطة أكّد البعض[173] أنّ فقه قضاء المحكمة العقّاريّة بقي متضاربا، باعتبار أن بعض الدوائر ترى أنّه لا ضرورة لتقديم ما يفيد التنفيذ طالما ثبت للمحكمة أن الحكم لم يقع تنفيذه بعد وبالتالي فإن طلب الاستئناف قد تمّ في أجله القانوني، في حين ترى دوائر أخرى عكس ذلك تماما أي أن تقديم ما يفيد تنفيذ الحكم المطعون فيه يعد مسألة أساسيّة وإجراء ضروري ممّا يضطرها إلى الدخول في ضرورة تأجيل النظر على حين تقديم المطلوب.

ومن خلال ما تمّ التنصيص عليه بالفصل 24 جديد من قانون التحيين العقّاري نلاحظ أيضا أنّه يترتب عن الطعن بالاستئناف كأثر الإذن بتقييد الاستئناف تقييدا إحتياطيا، وتبت الدائرة الاستئنافيّة في الطعن ويكون لها إمكانيّة الرفض شكلا إذا لم يقع احترام آجال الاستئناف، ويمكن أن ترفضه أصلا أو تقبله وتتخذ القرار المناسب، ولها أن تأذن بالتشطيب

[173] منير الفرشيشي: (مرجع سابق) ص 412.

على القيد ويرفع الحجر، وجلي بالذكر أن الحكم الذي يصدر عن الدائرة الاستئنافيّة هو حكم بات بمعنى قابل للتنفيذ مباشرة ولا يقبل الطعن بأيّة وسيلة أخرى.[174]

مبحث ثاني: خصوصيّة الطعن بالتعقيب في أحكام المحكمة العقّاريّة القاضية بالتسجيل

يبدو أنّ الإصلاحات التشريعيّة في المادة العقّاريّة كانت في أغلبها تهدف إلى حماية الملكيّة العقّاريّة، وعلى هذا الأساس مرّت مسألة التسجيل العقّاري بمراحل تشريعيّة مهمّة، ففي مرحلة أولى تمّ التأكيد على الصبغة الباتة لأحكام التسجيل الصادرة عن المجلس المختلط، فلا تكون قابلة لأي شكل من أشكال الطعن سواء العاديّة أو غير العاديّة، وكان ذلك تحديدا منذ صدور الأمر العلي المؤرخ في 1885/07/01، وهو نفس الخيار التشريعي الذي اعتمده المشرّع التونسي عند إصدار مجلة الحقوق العينيّة بموجب القانون عدد 5 لسنة 1965 المؤرّخ في 1965/02/12، فقد جاء نص الفصل 332(قديم) من مجلة الحقوق العينية بما يلي: " أحكام المحكمة العقّاريّة لا تقبل الطعن بالاعتراض وبالاستئناف ولا بأيّة وسيلة أخرى ".

وفي مرحلة ثانية وبمقتضى القانون عدد 10 لسنة 1995 المؤرّخ في 1995/01/23 المتعلّق بتنقيح بعض فصول مجلة الحقوق العينيّة تمّ اقرر إخضاع الحكم القاضي بالتسجيل إلى امكانيّة المراجعة، وهذا الاجراء لا يرتقي إلى درجة الطعن ولا يمس من الصبغة الباتة للحكم بالتسجيل لكن من شأنه أن يؤدي إلى امكانيّة الرجوع فيه، واستمرّ الأمر على تلك الشاكلة إلى أن تمّ بموجب القانون عدد 67 لسنة 2008 المؤرخ في 2008/11/03 إقرار الطعن بالتعقيب في حكم التسجيل، فعملا بأحكام الفصل 332 من مجلة الحقوق العينيّة يمكن الطعن بالتعقيب في الأحكام القاضية بالتسجيل أو بالترسيم الناتج عن حكم التسجيل، وبذلك يعد الطعن بالتعقيب في أحكام التسجيل من الحقوق المستحدثة في إجراءات التسجيل العقّاري.[175]

لذلك يكون مهمّا بيان خصوصيّة التعقيب في المادة العقّاريّة من حيث صوره (فقرة أولى) ومن حيث إجراءاته أيضا (فقرة ثانية)

---

[174] منير الفرشيشي: (مرجع سابق) ص 448.
" يجب ان نوضح في هذا النطاق أن الأحكام الصادرة عن الدائرة الاستئنافيّة هي أحكام باتة لا تقبل الطعن بأي وسيلة من وسائل الطعن الأخرى وهي في ذلك عليها ان تراعي النظر في جميع الطلبات وتعيب عليها شكلا أو أصلا وهي في ذلك كلّه غير مقيّدة بالحكم الأصلي فهي إذن إمّا تؤيّده أو تنقضه، فإن أيّدته تكون إذن قد رفضت الطعن، وإن نقضت الحكم الابتدائي تكون قد قبلت الطعن وبناء على ذلك تكون أحكام الدائرة مثلها مثل الأحكام الاستئنافيّة في المادة المدنية يمكن تقسيمها إلى أحكام بالرفض وأحكام بالقبول".
[175] منير الفرشيشي: (مرجع سابق) ص 242.



فقرة أولى: تعدد صور الطعن بالتعقيب

قبل الخوض في صور التعقيب في المادة العقّاريّة يجب تحديد المقصود بالتعقيب، و آثاره المتعارف عليها، حيث يعرّف التعقيب على أنّه طعن غير عادي في الأحكام النهائيّة في حالات أوردها المشرّع على سبيل الحصر تتعلّق في مجملها بسوء تطبيق القانون وخرق أحكامه وضعف التعليل، ومن أهم أثار الطعن بالتعقيب أنّه لا يوقف التنفيذ.[176]

وبالنسبة للطعن بالتعقيب في المادة العقّاريّة يمكن الاستناد على أحكام الفصل 332 من مجلة الحقوق العينيّة التي أضيفت بالقانون عدد 67 لسنة 2008 المؤرخ في 2008/11/03 لبيان خصوصيّة الطعن بالتعقيب في الأحكام الصادرة عن المحكمة العقّاريّة القاضية بالتسجيل حيث ينص المشرّع على أنّ: " أحكام المحكمة العقّاريّة القاضية بالتسجيل أو بالترسيم الناتج عن حكم التسجيل نهائيّة الدرجة وتقبل الطعن بالتعقيب لدى محكم التعقيب. الطعن بالتعقيب يوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه".

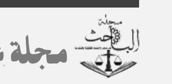
وعلى هذا الأساس نستجلي أهم خصوصيّة للطعن بالتعقيب في المادة العقّاريّة والتي تتمثّل بالأساس في كون الطعن في الأحكام القاضية بالتسجيل في المادة العقّاريّة لا يوقف التنفيذ،[177] ولطعن بالعقيب في الأحكام القاضية بالتسجيل صور خاصة يحددها المشرّع في إطار الفصل 357 مكرر من مجلة الحقوق العينية، كما يلي: "

---

[176] مصطفى الصخري: (مرجع سابق) ص 62.

[177] منير الفرشيشي: (مرجع سابق) ص 243.

"وبالاطلاع على فحوى مناقشات التنقيح الوارد على المجلة في 10 أفريل 1995 رأى المشرّع أن الصفة الباتة للتسجيل كانت سببا مهددا لحقوق الأطراف وعيه رأى من الضروري إيجاد صيغة للطعن في أحكام التسجيل تتلاءم مع خصوصيات التسجيل العقّاري. هذه الخصوصيات مرتبطة أساسا بعدم امكانيّة تعليق تنفيذ الأحكام القاضية بالتسجيل لعدم إمكانية أو صعوبة إمكانية المحافظة على العمليات الواردة على العقّار المحكوم فيه بالتسجيل في فترة ما بين صدور الحكم المطعون فيه وصدور الحكم بعد الطعن لذلك كان الطعن بالاستئناف أقرب من أي وسيلة أخرى لأنّه يسمح بإيقاف التنفيذ لكنّه تراءى من جهة أخرى ان استعمال الطعن بالاستئناف ومن ثمّة تنفيذ حكم التسجيل يدخل اضطرابا على الحقوق المدرجة بالسجل العقّاري لعدم التأكد من الحالة الاستحقاقيّة الصحيحة إلى بعد صدور الحكم النهائي وهي فترة قد تطول كثيرا. هذا الرأي قد أنتقد باعتبار أن لا استئناف دون تعقيب لذلك توجّه الاختيار نحو الطعن بالتعقيب مباشرة دون المرور بالطور الاستئنافي وجعله تعقيبا يوقف التنفيذ استئناسا بما هو عليه الأمر في المادة الشخصيّة. هذا الرأي أنتقد كذلك لأن التعقيب لا يعتبر وسيلة من وسائل الطعن العادية وهو مقتصر على حالات دون غيرها لا يمكن في أغلبها أن تتماشى مع خصوصيات الأخطاء القضائيّة في مادة التسجيل العقّاري مثل الحكم بأكثر ممّا طلبه الخصوم أو مخالفة قواعد الاختصاص الحكمي أو صدور حكم في تجاوز سلطة، لذلك ألّف المشرع بين الرأيين واتخذ اتجاها واقعيّا منبثقا من خصوصيّة طبيعة الخطأ القضائي العقّاري واستخلص من ذلك حالات معيّنة تبيّن أنّها تقترب إلى حالات الخطأ البيّن."



يمكن الطعن بالتعقيب في الأحكام القاضية بالتسجيل أو بالترسيم الناتج عن حكم التسجيل لدى محكمة التعقيب في الحالات التالية:

أوّلا: إذا كان الحكم مبنيا على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله

ثانيا: إذا كان الحكم صادرا فيما يتجاوز اختصاص المحكمة التي أصدرته

ثالثا: إذا كان هناك إفراط في السلطة

رابعا: إذا لم تراع في الإجراءات أو في الحكم الصيغ الشكليّة التي رتّب القانون على عدم مراعاتها البطلان أو السقوط

خامسا: إذا صدر حكمان أو أكثر بالتسجيل في ذات العقّار

سادسا: إذا صدر الحكم على فاقد الأهليّة دون أن يقع تمثيله في القضيّة تمثيلا صحيحا أو وقع تقصير واضح في الدفاع عنه. وكان ذلك هو السبب الأصلي والوحيد في صدور الحكم المطعون فيه وذلك مع مراعاة مقتضيات الفصلين 392 و330 من هذه المجلة

سابعا: إذا انبنى الحكم المطعون فيه على أدلّة ثبت جزائيا زورها أو تدليسها بحكم نهائي ولا يقبل التعقيب إذا أثبت اكتساب ملكيّة العقّار من الغير حسن النيّة.

وبقراءة متمعّنة لأحكام هذا الفصل يسوق الأستاذ منير الفرشيشي[178] جملة من الملاحظات المهمّة، فمن الواضح أنّ نطاق الطعن بالتعقيب لا يشمل سوى الأحكام الإيجابيّة امّا تلك الأحكام الصادرة بالرفض فهي خارجة عن نطاق هذا الطعن، فالحكم القابل للتعقيب هو الحكم القاضي بالتسجيل بصفة عامة سواء كان اختياريا أو وجوبيّا، ثمّ إنّ الطعن بالتعقيب يهم التسجيل والترسيمات المتولّدة عنه أيضا.

وبمقارنة بين حالات المراجعة وحالات التعقيب سواء تلك الواردة في إطار مجلة الحقوق العينيّة أو المشار إليها بمجلة المرافعات المدنيّة والتجاريّة يمكن الوقوف عند استنتاجين، أوّلهما أنّ الطعن بالتعقيب في أحكام التسجيل لم يعد مراجعة، وثانيهما أنّه لا تتوفر فيه خصائص التعقيب المتعارف عليها، فهو تعقيب دون استئناف، ذلك أنّ المفعول الانتقالي للاستئناف يؤدّي من دون أي شك إلى تعطيل صدور أحكام تسجيل جديدة، وبصفة عامة الطعن

[178] منير الفرشيشي: (مرجع سابق) ص 246و247.



بالاستئناف لا يتماشى مع خصوصيّة حكم التسجيل وخصوصيّة الاستقرائيّة من أبحاث وإشهارات، ولئن كان التعقيب في المادة المدنيّة والتجاريّة لا يوقف التنفيذ فإنه في المادة العقّاريّة يوقف التنفيذ.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن المشرّع قد اعتمد من بين الحالات الموجبة للتعقيب في أحكام التسجيل بعض حالات التعقيب الوارد تعدادها بالفصل 175 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية[179] المتعلّق بالطعن في الأحكام والقرارات الصادرة في المادة المدنية والتجاريّة،[180] و هذا أمر مبرر فالمشرّع جعل الرقابة على أحكام التسجيل تخرج من مجال نظر المحكمة العقّاريّة وأسندها لمحكمة القانون أي محكمة التعقيب لتفقد بذلك الأحكام القاضية بالتسجيل في المادة العقّاريّة صبغتها الباتة.

ونتبيّن من خلال أحكام الفصل 357 مكرر رابعا من مجلة الحقوق العينيّة أن محكمة التعقيب تنظر أوّلا في وجاهة الطعن من عدمه من حيث الموضوع قبل الشكل وتصدر قرارها إمّا بالرفض موضوعا في صورة ما إذا كانت المطاعن غير وجيهة لعدم تحقّق أي حالة من الحالات التي حدّدها المشرّع على سبيل الحصر ضمن ذات هذا الفصل، أو أن تقرّر نقض القرار كليّا أو جزئيّا وفي هذه الحالة تحيل ملف القضيّة على المحكمة العقّاريّة لتنظر فيها بهيئة أخرى.

وتثير عبارات الفصل 357 مكرر سابعا من مجلة الحقوق العينية غموضا خاصة فيما يتعلّق بمدلول حسن نيّة مالك العقّار وعن كيفيّة إثباتها.[181]

---

[179] ورد بالفصل 175 من مجلة المرافعات المدنيّة والتجاريّة ما يلي: " يمكن الطعن بالتعقيب في الأحكام النهائيّة الدرجة وذلك في خصوص الحالات الآتية:
أوّلا: إذا كان الحكم مبنيّا على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله.
ثانيا: إذا كان الحكم صادرا فيما يتجاوز اختصاص المحكمة التي أصدرته.
ثالثا: إذا كان هناك إفراط في السلطة.
رابعا: إذا لم تراع في الإجراءات أو في الحكم الصيغ الشكليّة التي رتّب القانون على عدم مراعاتها البطلان أو السقوط.
خامسا: إذا كانت هناك أحكام نهائيّة متناقضة في نصّها وكانت صادرة بين نفس الخصوم وفي ذات الموضوع والسبب.
سادسا: إذا صدر الحكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر ممّا طلبوه أو أغفل الحكم الاستئنافي في بعض الطلبات التي حكم فيها ابتدائيّا أو كان نص الحكم مشتملا على أجزاء متناقضة.
سابعا: إذا صدر الحكم على فاقد الاهليّة بدون أن يقع تمثيله في القضيّة تمثيلا صحيحا أو وقع تقصير واضح في الدفاع عنه وكان ذلك هو السبب الأصلي أو الوحيد في صدور الحكم المطعون فيه.

[180] مصطفى الصخري: (مرجع سابق) ص 68.

[181] مصطفى الصخري: (مرجع سابق) ص71.
"وما يثير غموضا في صياغة أحكام الحالة المذكورة هو المقصود أساسا بحسن نيّة مالك العقّار الواجب حمايته وكفية اثباتها وبناء على أي معيار؟ خاصة وأنّه لا أثر لسجل عقّاري يمكن الرجوع غليه بما أن الحكم المعقب هو

ولئن كان لحالات الطعن بالتعقيب في أحكام التسجيل من الخصوصيات ما كان منها مشتركا وما عدّ منها خاصا فإنه يمكن أيضا ضبط ما يميّز هذا الطعن على مستوى الإجراءات المتّبعة.

فقرة ثانية: تعدد إجراءات الطعن بالتعقيب

يخضع الطعن بالتعقيب في المادة العقّاريّة إلى إجراءات مختلفة عن تلك المعتمدة في المادة المدنيّة والتجارية الواردة بالفصل 185 من مجلة المرافعات المدنيّة والتجاريّة،[182] وهو ما يمكن ضبطه على مستويات عدّة، فبالنسبة لقائمة الأطراف المخوّل لهم الطعن بالتعقيب نلاحظ توجّه المشرّع نحو التوسيع فيها عملا بمقتضيات الفصل 357 ثالثا من مجلة الحقوق العينيّة الذي ورد نصّه كما يلي: " يمكن الطعن بالتعقيب ممّن كان طرفا في الحكم المطعون فيه أو من خلفائه. يجب على من يريد الطعن بالتعقيب أن يرفع طعنه في أجل لا يتجاوز الستّين يوما من تاريخ صدور الحكم ويسقط الطعن بمضي هذا الأجل. ويمكن للنيابة العموميّة في الحالة الخامسة المذكورة بالفصل المتقدم الطعن بالتعقيب بطلب في الغرض يوجه إليها من ديوان قيس الأراضي ورسم الخرائط أو ممّن يهمه الأمر، وذلك دون أجل. ويمكن لكل من له مصلحة الطعن بالتعقيب في الحالة السابعة المذكورة بالفصل المتقدم وذلك في أجل ستّين يوما من تاريخ صدور الحكم الجزائي النهائي"، وعلى هذا الأساس يمكن لغير طرف في النزاع الطعن بالتعقيب في أحكام التسجيل، الأمر الذي ينعكس من دون شك على آجال الطعن بالتعقيب في أحكام التسجيل التي تعتبر غير موّحدة مقارنة بالأجل المعتمد في المادة المدنيّة والتجاريّة والذي حدّده

القاضي بالتسجيل علاوة على ذلك فهذه الحالة حالة واقعيّة أكثر منها قانونيّة وكان الاجدر أن يكون تلك الحالة حالة من حالات الطعن في حكم التسجيل بالتماس إعادة النظر لدى المحكمة العقّاريّة خاصة أنّ الفصل 156 من مجلة المرافعات المدنيّة والتجاريّة قد نصّ على ذلك الطعن فيما يتعلّق بالأحكام المدنيّة والتجاريّة وكذلك في المادة الجزائيّة وخول ممارسة ذلك الطعن متى تحققت الحالة السابعة الواردة بالفصل 357 مكرر المخوّلة للتعقيب علاوة على ذلك فهل أن محكمة التعقيب ستصبح محكمة موضوع عند النظر في الطعن وفق الحالة سابعا المذكورة؟ وكيف سيقع التحقق من توفر حسن النيّة من عدم ذلك وهل ستقبل محكمة التعقيب مؤيّدات جديدة؟ وتتولى إجراء أبحاث واستقراءات أم سيقع الاقتصار فقط على ما جاء بالحكم الجزائي النهائي القاضي بالإدانة من أجل جريمة تدليس وثائق اعتمدت في التسجيل؟ وهل فكّر محررو ذلك الفصل في كل ذلك؟".

[182] حسب الفصل 185 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية المنقح بالقانون عدد 54 لسنة 1967 المؤرخ في 08 ديسمبر 1967: " على الطاعن خلال أجل لا تجاوز 30 يوما من تاريخ تقديم عريضة الطعن أن يقدّم لكاتب المحكمة ما يأتي وإلا سقط طعنه:

أوّلا: محضر إعلامه بالحكم المطعون فيه إن وقع إعلامه به.

ثانيا: نسخة من الحكم المطعون فيه مشفوعة بنسخة مجردة من الحكم الابتدائي إذا اقتصرت محكمة الاستئناف على تبني أسباب هذا الحكم ولم تدرجها بقرارها.

ثالثا: مذكرة من محاميه في بيان أسباب الطعن بصورة وتوضيح ما يطلب نقضه وكذلك تحديد مرماه مع ما له من المؤيدات.

رابعا: نسخة من محضر إبلاغ خصومه نظيرا من تلك المذكرة بواسطة العدل منفذ".

TEL + 212 771394949 www.allbahit.com Majalatlbahit2017@gmail.com

المشرّع في إطار الفصل 195 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية بعشرين يوما من تاريخ الإعلام بالحكم بصفة قانونيّة، وليس لهذا الأجل سوى استثناء وحيد وارد بالفصل 180 من مجلة المرافعات المدنيّة والتجاريّة المتعلّق بالطعن من طرف وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب، وتأتي آجال الطعن بالتعقيب في الحكم بالتسجيل مختلفة باختلاف الطاعن وباختلاف الحكم القابل للطعن أيضا.

فحسب أحكام الفقرة الثانية من الفصل 357 (ثالثا) من مجلة الحقوق العينية يقدّر أجل الطّعن بالتعقيب بالنسبة لأطراف الحكم المطعون فيه وخلفائهم بستين يوما من تاريخ صدور الحكم، يبتدئ سريانه من تاريخ صدور الحكم وليس من تاريخ الاعلام به وهو بذلك يتطابق مع أجل المراجعة ويختلف مع أجل التعقيب المدني.

ومن جهة أخرى مكّنت أحكام الفقرة الثالثة من الفصل 357 (خامسا) من نفس المجلّة النيابة العمومية من القيام بالطّعن بالتعقيب إذا صدرحكمان أوأكثربالتسجيل في ذات العقّار، ولا تتقيّد النيابة العموميّة في هذه الصورة بأي أجل سواء لنهاية تقديم الطّعن أو لبدايته.

ولئن كانت النيابة العموميّة مشتملة على ثلاث هيئات تتمثّل بالأساس في وكيل الجمهوريّة لدى المحكمة الابتدائيّة والوكيل العام لدى محمة الاستئناف والوكيل العام لدى محكمة التعقيب، فإن المقصود بالنيابة العموميّة في إطارهذا الفصل هو الوكيل العام لدى محكمة التعقيب.[183]

وجلي بالذكر أنّ عريضة الطعن بالتعقيب تقدم لكتابة المحكمة العقّاريّة التي أصدرت الحكم المطعون فيه عن طريق محامي لدى التعقيب، وقد أوردت أحكام الفقرة الرابعة من الفصل 357 من مجلة الحقوق العينيّة البيانات التي يجب أن تتضمّنها العريضة فحسب مقتضيات هذا الفصل يرفع الطعن بعريضة كتابّة تتضمّن صفة الطالب وتاريخ وعدد ونص

[183] منير الفرشيشي: (مرجع سابق) ص 266 و267.
" ...يتّجه أوّلا استبعاد وكالة الجمهوريّة لأن المحكمة العقّاريّة مرتّبة في درجة استئناف ويتّجه كذلك استبعاد الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف لعدم اختصاصه بالنظر في مطالب التسجيل فيبقى إذا وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب لاعتبارين أن محمة التعقيب تختص بالنظر في مطالب التسجيل وأنّه استئناسا بقواعد مجلة المرافعات المدنية والتجاريّة فإنّ الطعن مخوّل للنيابة العموميّة في شخص ممثلها لدى النيابة العموميّة في حالة ما يعرف بالطعن لمصلحة القانون.



الحكم العقّاري المطعون فيه وطلباته يقدّمها نيابة عن الطاعن محام لدى التعقيب على كتابة المركز الأصلي أو الفرعي للمحكمة العقّاريّة الذي أصدر الحكم المطعون فيه.

بصفة عامة، بالرغم من خصوصيّة الطعن بالتعقيب في الأحكام بالتسجيل فإنّ ذلك لا ينفي وجود بعض أوجه التبعيّة للتعقيب المدني سواء في مستوى صور التعقيب أو فيما يتعلّق بإجراءاته.

خاتمة:

أسند المشرّع التونسي للمحكمة العقّاريّة اختصاص النظر في التسجيل العقّاري الاختياري والاجباري على السواء بالإضافة إلى تحيين الرسوم العقّاريّة لتخليصها من الجمود، ولئن استقرّ الأمر طيلة سنوات على اعتبار الاحكام الصادرة عن المحكمة العقّاريّة والقاضية بالتسجيل أحكاما باتة فإنّه وبموجب القانون عدد 67 لسنة 2008 المؤرخ في 2008/11/03 تمّ إقرار الطعن بالتعقيب في حكم التسجيل، وعملا بنصّ الفصل 28 جديد المنقح بالقانون عدد 67 لسنة 2009 المؤرّخ في 12 أوت 2009 تمّ تكريس إمكانيّة الطعن بالاستئناف في الأحكام الصادرة في مادة التحيين، وقد جاءت هذه التنقيحات تكريسا لإصلاح المنظومة القانونيّة في المادة العقّاريّة، وفي اتجاه توفير أكثر ضمانات من أجل حماية أصحاب الحقوق المتعاملة على السجل العقّاري، و تجسيدا للصبغة الدستوريّة لحق الملكيّة، ونظرا لخصوصيّة المادة العقّاريّة فإن هذه الطعون تميّزت من حيث آثارها وآجالها عن تلك المعتمدة في المادة المدنية والتجارية.

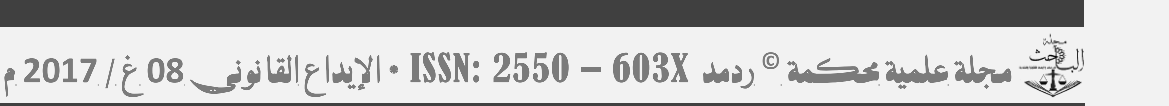
لائحة المراجع:

زينة الصيد: محاضرات في القانون العقّاري التونسي، ص 1. (محاضرات منشورة).

محمد كمال شرف الدين: قانون مدني، النظريّة العامة -الأشخاص-إثبات الحقوق، الطبعة الأولى المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية 2002.

أحمد بن طالب: دراسة منشورة بالمجلة القانونيّة التونسيّة، سنة 2010.

زينة الصيد: محاضرات في القانون العقّاري التونسي، (محاضرة منشورة).



مصطفى الصخري: الطعون في النزاعات العقّاريّة، مداخلة في ملتقى علمي من تنظيم مخبر القانون المدني بكليّة الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس وإدارة الملكيّة العقّاريّة بمناسبة خمسينيّة مجلة الحقوق العينيّة، تونس في 11 فيفري 2016.

منير الفرشيشي: الجامع في القانون العقّاري، أبواب للنشر. بدون ذكر الطبعة والسنة.



الدكتور اركيبي أحمد فال
حاصل على دبلوم دكتوراه بجامعة محمد الخامس الرباط
كلية العلوم القانونية اكدال

الأثنيات بالعالم العربي (الأقلية الكردية والامازيغية كنمودج)

Ethnicities of the Arab world (Kurdish minority and Amazigh as models)

مقدمة:

تعتبر الوحدة الوطنية من المواضيع الشائكة ولاسيما العالم العربي، وهي من التشعب والحساسية، بحيث يصعب على الدارس مهما أوتي من حصافة أو قوة الملاحظة أو الرصد أن يتابعها بدقة، ولهذا كان هذا النمط من الدراسات التأهيلية من أشق أنواع الدراسات. وعليه يمكن القول أن أن دراسة موضوع الأقليات الذي هو هنا متغير تابع لموضوع أكبر هو الوحدة الوطنية، باعتبارها الأخير هي المتغير الأصيل، إنما تتطلب منا أن نتوقف عندها مليا ونفحصها بدقة، ذلك أن دراسة موضوع الأقليات والجماعات الأثنية تثير العديد من الأسئلة المرتبطة بموضوع الإثنيات وبشكل خاص في العالم العربي الذي هو موضوع الدراسة.

وفي سياق ما تقدم ولأهمية الموضوع وحساسيته الفائقة في العالم، فإن هذه الدراسة ستركز على دراسة مشكل الأقليات أو الجماعات الأثنية والتي تنجم عن وجودها مشكلة أو مشاكل وتترتب عنها في تلك الدول تداعيات خطيرة على مستقبل واستقرار الكيان السياسي.

وعليه يقودونا هذا الموضوع إلى طرح العديد من التساؤلات المربطة بالقضايا الإثنية في العالم العربي: فماهي أهم المقاربات النظرية التي عالجت ظاهرة الأقليات ؟

وما الحجم التي تشكله ظاهرة الأقليات وما مقدار تركزها الجغرافي في العالم العربي؟ وهل كانت هذه الأقليات أصيلة في الأنظمة السياسية العربية وخاصة في النماذج موضوع الدراسة (الأمازيغ، الأكراد) أو أن تواجدها ظل يرتبط بعوامل سياسية واستعمارية وخارجية؟ وماهي طبيعة هذه الأقليات مع بعضها البعض في اطار الجماعة الوطنية الواحدة؟ وهل العلاقة بينهما



علاقة تعايش وانصهار؟ أم علاقة تنافر واصطدام؟ وهل ظلت هذه الأقليات تشكل تهديدا حقيقيا لاستقرار وأمن الدولة؟

المبحث الأول: الأقلية الكردية واشكالية الوحدة الوطنية

حتى منتصف القرن العشرين كانت المدينة العربية بوتقة صهر الاثنيات في ثقافة عربية متنوعة المصادر، وجرى الاندماج بين العرب والكرد والأتراك وما تبقى من المماليك وغيرهم بشكل طبيعي وتدريجي في مجتمع المدينة التجاري والحرفي، واخفقت الدولة القطرية العربية (المشرقية في مرحلة ما بعد الاستقلال) باعتبارها نظاما في الاستفادة من النزعة التوحيدية لإنتاج هوية وطنية جامعة كواسطة للمواطنة في الدولة.. وغطت الأنظمة السياسية إخفاقها بذرائع موضوعية أحيانا منها عوامل خارجية، تمثلت في سياسات الهيمنة والسيطرة الاستعمارية ،أو داخليا مثلتها و أيقظتها عصبيات و انقسامات فرعية، وكانت تلك أبرز المخاطر الناجمة عن التنوع المجتمعي الهوياتي، واذا كانت المشكلة الكردية في الشرق الأوسط تجد مسوغاتها في الظاهرة الاستعمارية والتي تعود بداياتها الى أواخر القرن 19، إلا أن الحديث عن المسألة الكردية ومن زاوية منهجية يدعونا الى العودة الى التاريخ لفهم السياسة والديمغرافية والجغرافية للجدور التاريخية لهذا المكون الحضاري.

أولا: القضية الكردية

تعتبر القضية الكردية من القضايا الهوياتية المثيرة للجدل في منطقة الشرق الأوسط، وذلك بالنظر لمكانتها الجيوستراتيجية، وهي تشي اليوم بخلق أوضاع مضطربة ومنقسمة بين عدة دول في الشرق الأوسط (العراق، سوريا، إيران، تركيا)، ويعد الشعب الكردي قوة اجتماعية وثقافية في هذه المنطقة من المتوسط، وهم ليسوا في الحقيقة لا أتراك ولا فرس ولا عرب حيث يشير المؤرخون أن أصول هؤلاء آسيوية قديمة من Mildes؛ أي بلاد مياديا فهم هنود أوروبيون ويتكلمون باللغة الفارسية[184]، ولقد أدي هدا الوضع الكردي الى ظهور المسالة الكردية كقضية عالقة ،ولقد نشأت بالأساس هطه المسألة من تحطيم الكماليين لمعاهدة- سيفر- 1920وارغامهم الدول الكبرى علي استبدالها بمعاهدة لوزان 1923 التب صفت الدولة العثمانبة قانونيا ،رست قيام نظام الدول المستقلة او المخضعة لنظام الانتداب وفق قرارات عصبة الأمم

[184] – GERARD CLAUDE, op.cit, page 121-122.

في مايشبه في بعض الوجوه نوعا من معاهدة وستفاليا مشرقية او تركية-عربية شكلت خاتمة فصول ماعرف بالمسالة الشرقية.

[185]ولقد كان الاكراد رجال قبائل مسلحين يعيشون على رمي الحيوانات وبعض الزراعة، وكانت القبيلة عندهم هي الوحدة الاجتماعية التي تقويها روابط الدم الحقيقية أو الوهمية، وترتكز زراعتهم على الأراضي القبلية والمحاصصة[186]، كما أن الهوية الكردية كانت مندمجة كلية داخل نظام الجماعات القبلية، وكانت القبائل الكردية حينذاك متجمعة داخل عدد من الاتحادات الكونفدرالية أو الإمارات، مثل (تيلس أو الجزيرة أو رواند...) التي يقودها رجال يتم اختيارهم من أنساب شريفة وتعاونهم في ذلك يشكل بيروقراطية صغيرة وجيش صغير ومجلس يضم رؤساء القبائل، وكان المجموع مفككا، إلى حد أن بعض القبائل بقيت خارج الاتحاد تقيم ما تبتغي من تحالفات تكتيكية، ولم يكن لهذا الاندماج السياسي دعامة من الأراضي الإقليمية، لاسيما وأن مجموع الشعب كان من البدو الذين كانوا حين يذهبون لانتجاع الكلأ يتركون المراعي للفلاحين "الأرمن" و"السطوربون" لكي يزرعونها، وكان حينذاك يتم تعويض فقدان الهوية الإقليمية عن طريق الاندماج مع القبيلة، وبواسطة التفاوض الحر بين الأمراء والحكام العثمانيين أو الفرس، وبفضل الالتحام الذي تصنعه العصبية التي تحدث عنها "ابن خلدون" والانتماء إلى الطرق الصوفية وبخاصة الطريقة النقشبندية[187].

ستعرف القضية الكردية تطورا ملحوظا منذ سنة 1514 مع معركة "خالديران" بين الدولة الصفوية الحاكمة في بلاد فارس والدولة العثمانية، فقد انتهت تلك المعركة ببسط سيطرة العثمانيين على معظم أراضي "كردستان"[188]، وحسب تعبير القوميين (الأكراد الجدد) منطقة "كردستان" هي منطقة متواصلة الأطراف، تمتد جغرافيا من شمال العراق وجنوب شرق تركيا وشمال غرب إيران[189]. ويرتبط هذا التوزيع الجغرافي والسياسي للأكراد، بموجب كذلك اتفاقية

---

[185]-فريق الباحثين :مسالة الاكراد سوريا -الواقع –التاريخ-الأسطورة مؤلف جماعي الناشر المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات ،الطبعة الاولى بيروت كانون الثاني يناير 2013 ص18

[186]– إليا حريق: مرجع سابق، ص 277.

[187]– برتران بادي: الدولة المستوردة، مرجع سابق، ص 77.

[188]– عبد القادر الزاوي: مرجع سابق، ص 72.

[189]– إليا حريق: مرجع سابق، ص 277.

"سايكس بيكو *"، التي تم على ضوئها توزيع تركة حكم تركيا الوريث الشرعي للدولة العثمانية بقيادة "مصطفى كمال أتاتورك"، وهكذا تم إلحاق "كردستان الغربية" بسوريا التي خصصت للانتداب الفرنسي، وضمت "كردستان الجنوبية" إلى العراق الذي وقع تحت الحماية البريطانية، وبقيت "كردستان الشرقية"، تحت سيطرة إيران التي لم تشملها مقتضيات اتفاقية "سايكس بيكو"[190].

ورغم أن الخطوة الأولى في تشكل الحركة الكردية كان من خلال نشر صحيفة كردستان عام 1898، فإن النضال التحرري القومي الذي سيقوم به الأكراد لم يظهر إلى الوجود بصورة كلية إلا بعد تقسيم "كردستان" عند نهاية الحرب العالمية الأولى، ورغم أن اتفاقية "سيفر"، تضمنت شرطا في المواد (62-64) لإيجاد دولة مستقلة على الأرض الكردية، إلا أن هذا الشرط لم يتحقق على أرض الو اقع أبدا[191].وكرد فعل على سياسة الصهر القومية نشبت ثورات كردية عشائرية ضارية بين عامي 1925 و 1938 وكما سبق ذكر ذلك قام أكراد كردستان تركيا بسبع عشر ثورة ضد تلك السياسة، بدأت بثورة الشيخ سعيد بيران عام 1925 و انتهت بثورة سيد رضا في عام 1938، في

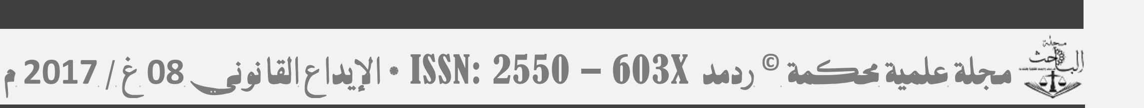
ترسيم لتسجل هذه الثورة نهاية الثورات العشائرية الكردية ضد الحكومة التركية ونتج عن سحق ثورة النورس 1925 ومن كل ثورة كردية جماعية جديدة بالمئات والالاف في سوريا الإندابية[192]

*– **اتفاقية سايكس بيكو**: تم التوقيع عليها في شهر ايار عام 1916 بين الدبلوماسي البريطاني السيد مارك سايكس الذي قدم في رزمن الحرب العالمية الاولى وبين الدبلوماسي الفرنسي جورج بيكو، حيث وحسب نصوص الاتفاقية تقسم منطقة الشرق الاوسط الى منطقتي نفوذ لكل من ابريطانيا وفرنسا حينذاك قد عملت على تشكيال شرق أوسط بأنظمة سياسية وتخطيط حدودي استمر الى الان ،حيث تواجه تلك الانظمة حاليا تهديدا خطيرا مما يغير من خطوط تلك الخريطة التي رسمتها فرنسا وابريطانيا. انظر كتاب تيسير عبد الله شرفي المشاقبة :/اسرائيل مستقبل لامدينة القدس –الربيع العربي الباقورة والقمر –جائحة كورونا–صفقة القرن /رؤية اسرائيلية: الطيعة 2020 دار الكتاب للنشر والتوزيع ص216

190– عبد القادر الزاوي: مرجع سابق، ص 72.

191– بيرش بيربر بوجلو: ترجمة فخري لبيب، مرجع سابق، ص117.

-فريق الباحثين: مسالة الاكراد سوريا-الواقع –التاريخ-الأسطورة مؤلف جماعي الناشر المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، الطبعة الاولى بيروت كانون الثاني يناير 2013 ص18.



وهكذا تم عقب الحرب العالمية الثانية الإعلان في 1946 عن منطقة "كردستان" وأعقب هذا الإعلان تمردات، حيث قام البرزاني بتمردات في 1943-1945 في العراق، وعرفت تركيا هي الأخرى تمردات متكررة في 1925-1930 – 1936 – 1938، وفي كل مرحلة كان يتم التعاطي مع هذه التمردات بالردع والقمع من السلطات، أما إيران فإن "الشاه" كان قد أمربمنع كل تجمع سياسي أو ثقافي للأكراد، كما أبرم ميثاق بين إيران وتركيا والعراق من أجل التضييق وزجر الشعب الكردي[193].

ففي تركيا وكرد فعل على هذه السياسات الردعية للنظام التركي قامت الحركة القومية الكردية خلال العقدين التاليين، وبدأ نضال الحركة القومية الكردية المتعدد في منتصف الستينات من القرن العشرين في طرح تحد جديد للأنظمة القمعية التي تسيطر على الأراضي الكردية، إذ بدأت منظمات يسارية متعددة في احتضان القضية الكردية كجزء من استراتيجيتها السياسية الكلية (حزب العمال التركي، الحزب الشيوعي التركي...) وكان حزب العمال الكردستاني (بارتيا كاركير كردستان –بي. كي. كي-*) هو الأكثر فاعلية في كل المنظمات اليسارية في كردستان التركية[194]. وفي بداية 1984 أعلن حزب "عبد الله أوجلان" ال"بي.كي.كي" حرب العصابات دون مهادنة ضد سلطة أنقرة، وقام بضربات عسكرية طيلة 30 سنة راح ضحيتها أكثر من 37000 شخص، إلا أنه عند توقيف زعيمها في 1990 أرغمت الحركة على تغيير استراتيجيتها، حيث ستصبح معركتها سياسية يتزامن هذا مع انشغال الدولة التركية بإعطاء صورة للنظام الديمقراطي المحترم لحقوق الإنسان، بشكل سيواكبه الاهتمام بالأقلية من خلال برامج تأهيل GAP في الأناضول الجنوبي الشرقي بشكل قلص من حدة المشكل الكردي نسبيا، لكن في سنة 2005 ستستأنف الأعمال الاعتدائية من خلال فرع مستقل PKK هو TAV (صقور الحرية) الذي اعتبر نفسه تنظيما مناوئا للسياسات التركية اتجاه القضية الكردية، وقد قام هذا التنظيم بعمليات دامية (خاصة في صيف 2006 بشكل مس شريان الاقتصاد التركي عبر اعتدائه على

---

193 – GERARD CLAUDE : op.cit, page 122.

* – "بي.كي.كي" حزب العمال الكردستاني.

194 – بيرش بيربر بوجلو، ترجمة فخري لبيب: مرجع سابق، ص 119.

محطات الحمامات التي تشكل رافدا مهما للسياحة التركية)، مما أرغم تركيا على فتح مفاوضات[195].

غير أن ما ظل يثير الإشكال في ملف القضية الكردية في تركيا، هو الثقل والوزن الديموغرافي لهذه الأقلية كأكثرية سكانية، وكأكبر تجمع كردي في المنطقة، فالمفارقة السياسية في هذه القضية أنه حتى الآن جمعت أرض دولة تركيا مواطنين أكراد بمعزل عن انتمائهم العرقي أو الطائفي تحت راية الوطن، في حين أن هذه الأقلية تبحث عن أرض ولو بالقوة، وبالتالي فإن مسار الدولة والأقلية هو مسار تناقضي ومعاكس لطموحات الطرفين بشكل يكشف عن أزمة أو فشل لمبدأ الإقليمية[196].

أما في العراق فإن الاعتراف العراقي الرسمي بالقومية الكردية لم يحصل إلا بالدستور في 1958، بعد الانقلاب العسكري على النظام الملكي بقيادة "عبد الكريم قاسم"، الذي أقر في مادته الثالثة أن للأكراد حقوقهم القومية ضمن الوحدة العراقية كشركاء للعرب في الوطن، غير أن الخلاف سرعان ما عاد بين الطرفين ليأخذ طابعا عسكريا في هذه الفترة بعد الانقلاب الذي قاده "عبد السلام عارف" واستأنِف مباشرة بعد وفاته إبان حكم شقيقه "عبد الرحمن عارف"[197]، واستمرت حتى بعد الانقلاب سنة 1970 الذي قاده "حسن البكر" و"صدام حسين"،من خلال عمليات حرب عصابات ضد دولة العراق[198]، ولقد أفضت هذه العمليات إلى تسوية أو اتفاق تاريخي مبرم بين الطرفين في 1970 منح للأكراد حكما ذاتيا موسعا للإقليم، وفرضت مراعاة نسبتهم العددية إلى إجمالي السكان في السلطات التنفيذية والتشريعية والقضائية وفي القواعد المسلحة والشرطة مع الاعترف باللغة الكردية، كلغة رسمية ولغة ثانية بعد اللغة العربية في مدارس العراق[199]، إلا أن هذا الاتفاق ما لبث أيضا أن تعثر نتيجة للتعارض بين حزب البعث والأكراد على حكم ذاتي سياسي على الإقليم على حدود محاذية للمعادن النفطية لكركوك وKaminquine، حيث رفض الأكراد هذا الحكم الذاتي "المرسوم بطريقة خادعة"، وتجددت بذلك الهجومات العسكرية من جديد ضد الشعب الكردي، ورغم المساندة العسكرية من

---

195 – GERARD CLAUDE, op.cit, page 123.

196– غسان العزي: مرجع سابق، ص 59.

197– عبد القادر الزاوي: مرجع سابق، ص 73.

198– بيرش بيربر بوجلو، ترجمة فخري لبيب: مرجع سابق، ص 122.

199– عبد القادر الزاوي: مرجع سابق، ص 74-73.

النظام الإيراني، فإن الأكراد تعرضوا للهزيمة ومن ثمة النفي، وفر بذلك الكثير منهم إلى إيران والبعض إلى تركيا، وهكذا ستقسم الحركة الكردية إلى تيارين معارضين PDK* (البرزاني) هذا الأخير الذي لم يتردد في معارضته لتوجهات UPK** (الاتحاد الوطني الكردستاني) بزعامة جلال طالباني الذي أرغمته الهجومات العسكرية لحزب البعث على الفرار إلى إيران[200].

بعد هذه المرحلة ستدخل الحركة القومية الكردية بعد غياب الزعيم البرزاني كذلك مرحلة التشتت والتيه. ولقد استفاد نظام صدام حسين من هذا الفراغ في حربه مع إيران في الإجهاز على ما تبقى من جيوب المعارضة في مدينة حليحة باستخدام الأسلحة الكيماوية وفي تنفيذ مخططه الخاص للحكم الذاتي بإقليم كردستان، إلا أن المقاومة الكردية سرعان ما ستستعيد عافيتها وقوتها بعد الغزو العراقي للكويت وتلتئم كافة فصائلها في "جبهة تحرير كردستان" بقيادة "الملا مسعود البرزاني" عن الحزب الديمقراطي الكردستاني و"جلال طالباني" عن "الاتحاد الوطني الكردستاني" مستفيدة من هزيمة صدام حسين في حرب تحرير الكويت، وقيام دولة التحالف بقيادة واشنطن بإقامة مناطق حظر جوي في شمال العراق حيث الانتفاضة الكردية، وجنوبه حيث الانتفاضة الشيعية، وبدء إنجاز مخططها لحكم ذاتي واسع الصلاحيات، بعد أن استوعبت أن إعلان دولتها المستقلة غير مرغوب فيه دوليا و إقليميا لحد الساعة[201]، وهكذا أعادت الأحزاب الكردية والمنظمات الجماهيرية منذ أواخر التسعينات من القرن العشرين تنظيم نفسها، كما أعادوا تقييم دورهم في النضال القومي[202].

إلا أنه ورغم أجواء الثقة التي أشاعها الدستور في علاقة إقليم كردستان بالعراق، فإن هواجس الشكوك المتبادلة عادت لتطفو على السطح من جديد، لاسيما بعد فشل السلطات في تنفيذ مقتضيات المادة 140 من الدستور وقبلها المادة 58 من قانون إدارة الدولة العر اقية للمرحلة الانتقالية الخاصة بتمهيد الأرضية القانونية والإدارية والإنسانية لإجراء الاستفتاء حول مدينة كركوك الغنية بالنفط لتحديد إرادة مواطنيها والتسابق بدلا من ذلك في تغيير معطيات

---

* – PDK الحزب الكردي الديمقراطي بالعراق.

**– UPK الاتحاد الوطني الكردستاني بالعراق.

200 – GERARD CLAUDE, op.cit, page 123.

201– عبد القادر الزاوي: مرجع سابق، ص 74.

202– بيرش بيربر بوجلو: ترجمة فخري لبيب، مرجع سابق، ص 123.

المدينة الديمقراطية والعقارية[203]، حيث عملت العديد من الأحزاب لاحقا على تأييد الاستفتاء الذي أجري أيلول 2017 بغية انفصال الإقليم عن الدولة الأم العراق، و انقسمت الأحزاب الكردية في الإقليم بين مؤيد ومعارض لذلك الاستفتاء ونتائجه، في ظل رفض دولي كبيروتحذيرات من الحكومة المركزية في بغداد[204]، إن هذه النزعة ستشكل إذا تحديا آخر وحافزا لأكراد سوريا على التمرد أكبر، مما شكله الحكم الذاتي لأكراد تركيا الذين كانت معركتهم ضد دولة مستقرة وجيش قوي قد بدأت في 1974 [205]، في المقابل يتحرك أكراد سوريا في حالة اللادولة وخارج سيادة القانون وأمن الدولة ، في منطقة تبحث شعوبها عن هوية سياسية جديدة، وهي بمجملها عوامل مثالية لمشروع انفصال ينتظر شرارة الاشتعال[206]. خاصة إذا ما علمنا أن الأكراد بسوريا يتطلعون اليوم لاسيما "حزب الاتحاد الديمقراطي" نحو الاستقلال أو الحكم الذاتي على إثر حرب داعش خصوصا اذا ماعلمنا أن الحزب اليوم يستغل فراغ قوات الأسد بمنطقته الكردية، التي لها امتداد على الأطراف التركية التي باتت تتوجس هي الأخرى بعد انسحاب قوات الأسد من المناطق الكردية، وتخشى تركيا كذلك أن يكون ذلك بدعم وتنسيق مع نظام الأسد واحتمال دعم واشنطن لهذه التطلعات الانفصالية والاستقلالية للحزب الكردي، ولقد سبق في هذا السياق أن ندد "أردوغان" بتزويد واشنطن لحزب الاتحاد الديمقراطي الكردي السوري PYD بالسلاح جوا، إن التخوف التركي يجد تبريره اليوم بأن المناطق التي يطالب حزب الاتحاد الديمقراطي اليوم كإقليم لكردستان هي مناطق تمتد من المناطق الكردية إلى داخل التراب التركي، و أنه إذا ما تحقق هذا المطلب الكردي سيجعل الساحة السورية والتركية وحتى البلدان المجاورة لها عرضة للتشظي والتقسيم[207].

يستخلص من خلال الو اقع السياسي للمكون الكردي بالشرق الأوسط، أن هذه القضية باتت تلقي بظلالها السلبية على الكيانات الوطنية (دولا ومجتمعات) بالنظر لعدم وجود دول مدنية (في العراق وسوريا وتركيا و إيران) تحترم الحقوق الأساسية للمواطن الكردي، ومن ثم فإنه من الصعب الحديث عن تحقيق الحقوق لهذه الأقلية في هكذا دول مدنية، مما يجعل فرضية

---

[203]– عبد القادر الزاوي: مرجع سابق، ص 74-75.

[204]– محمد صبحي الشياب: مرجع سابق، ص 61

[205]– خالد الشرقاوي السموني: مرجع سابق، ص 56-57.

[206]– نفس المرجع السابق، ص 56.

[207]– بشير عبد الفتاح: مرجع سابق، ص 43.

الصراع والنزاع بين هذا المكون والدول القائمة فرضية قائمة، ومما يجعل المشكلة الكردية مشكلة عصية على الحل، وبالتالي سيبقى هذا المكون ورقة جاهزة للاستخدام من طرف الدول التي لها نفوذ ومصالح بالشرق الأوسط، الشيء الذي يمكن أن يجر المنطقة إلى مزيد من عدم الاستقرار والتشردم، ويتيح للجهات الغربية المعادية مبررا للتدخل في الشؤون الداخلية لهذه الدول الأوسطية والمتوسطية في آن واحد.

الآن وعلى ضوء هذه الأوضاع الراهنة التي يمربها العالم العربي، فإن الورقة الكردية باتت أحد المداخل الرئيسية لتقسيم دول الشرق الأوسطية المعنية بهذا الصراع (خاصة بعد استفتاء أكراد العراق) ومع تحول حزب العمل الكردستاني إلى ما شبه الدولة على حدود تركيا الجنوبية والتي تمتد من جبال قنديل إلى تخوم المتوسط، ويبدو ارتياب "أردوغان" في مخططات خارجية لبلاده أمرا و اقعيا[208].

ويشير الوضع الكردي اليوم بشكل عام في سوريا والعراق وتركيا إلى وجود نزاعات إثنية مدمية ومترابطة، بمعنى أن المصير السوري يرتبط بشكل كبير بمصير الأكراد في العراق، وإن شاع فرضا انقسام الدول و اكتسب شرعية في المنطقة فإن انقسام العراق يصبح قابلا للتحقق مستقبلا، إلا أنه يصعب التكهن بصدقية هذه الاحتمالات ضد هذه الأقليات والجماعات من دون حسم للصراع لطرف من الأطراف المتصارعة، إلا أن من شأن فرض الحظروالتضييق على حريات ومطالب الأقليات الكردية أن يجعلها أكثرإلحاحا وتشبثا بحقها بالانفصال في المستقبل المنظور.

تشكل إذا المسألة الكردية عبئا كبيرا على دول منطقة الشرق الأوسط، فإفصاح الأقلية الكردية مثلا عن مطالبها الانفصالية جراء الاستفتاء المرفوض محليا ومن الفواعل الدولية المجاورة يضع الدول التي تضم مجموعات كردية في كيانها الوطني أمام محك وتحد حقيقي لتدارك أخطائها المتكررة تجاه الأقليات الكردية، بحيث باتت هذه الدول تحتاج إلى حلول تستوعب به تلك المطالب الكردية الانفصالية، فالحل يقتضي من الجميع إيجاد حل وطني محض يضع الأكراد في إطار عضوية المجتمع العربي في مجتمع متنوع، وتبقى الدول العربية مطالبة اليوم بتفادي أزماتها الوطنية للحل الديمقراطي لما يشتمل هذا بالضرورة من حقوق

---

[208]– سعد محيو: آثار التفكيك في الحور العربي، مجلة المستقبل العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، السنة 38، العدد 443 يناير 2018 ص 99.

لغوية وثقافية وتعليمية، وتمكين للمجتمعات المحلية كافة للإدارة نفسها، وفق إدارة لامركزية بعيدا عن سطوة أصحاب الوصاية في وطن يتمتع فيه الجميع بحقوق المواطنة الاجتماعية والسياسية والثقافية.

المبحث الثاني: الأقليات الامازيغية واشكالية الهوية

تعتبر الإشكاليات الهوياتية بالعالم العربي من أبرز التحديات التي تواجه الدولة والمجتمع بالمنظمة العربية ،باعتبارها مشكلة تتشابك فيها العوامل الخارجية والداخلية والديمغرافية، إضافة الى التفاعلات السياسية المحلية والإقليمية ،وتعود هذه النزعة الهوياتية التي تعرفها هذه الدول الى عوامل متعددة كما أشرنا سابقا، ذلك أن حدود الدول قد وضع من قبل الإدارات الاستعمارية الأوروبية، ولاسيما بعد مؤتمر برلين 1884-1985 ودون أية مراعاة لأوضاع الجماعات الإثنية، مما أدى الى انشطار القبيلة الواحدة، أو أية جماعة إثنية أخرى بين دولتين أو أكثر مبلورة بذلك رؤى تقسيمية تتجاهل الاندماج الوطني والثقافي، وتقفز فوق الحقائق الديمغرافية والجغرافية.،ولقد ادى فعل التجزئة والتقسيم الاستعماري للبلاد العربية الى تفكيك الأمة الى كيانات صغيرة متعددة لقطع السبيل أمام تواجد المنطقة في كيان قومي جامع، والى تقسيم الشعب الواحد فيها الى جماعات أهلية منفصلة حلى حدود كيانات أصغر، قصد إعادة تركيب المنطقة على مقتضى مصالح الدولة الكبرى في العالم وحليفاتها.،ولقد تحولت هذه الدول على ضوء هذا التقسيم الاستعماري الى وحدات متنافرة، بحيث أدى ذلك الى أن أصبحت الدولة الواحدة تضم العديد من الجماعات اللغوية الدينية القومية والعرقية والقبلية، في هدا السباق لم تستثن الدول المغاربية من هدا التاثير بشكل أعاد النقاش حول هوياتها في ابعادها الثقافية والاجتماعية والحضارية ،ولقد استأثرت المطالب الهوياتية الامازيغية خاصة في المغرب والجزائر بالقسط الأكبر من هده النقاشات والحوارات الفكرية والسياسية .

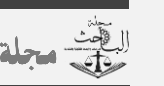
تعتبر ظاهرة الإثنيات جزء من تاريخ الإرث الاستعماري الذي شكل ورسم معالم الحدود المصطنعة، وذلك بدون الأخذ بعين الاعتبار تلك الحقائق الجغرافية والبشرية التي أدت إلى تمزق القبائل والإثنيات التي كان من الممكن أن تتسع لنوع من التطور القومي، من دون أن تجعل هذه الإثنيات مقسمة إلى عدة دول بشكل أفضى معه مفهوم الدولة متخلفا عن هذه الوحدات القائمة على أساس عرقي أو إثني.

ونتيجة للتطورات والتغيرات السياسية الراهنة التي تعرفها المنطقة العربية، فاليوم يتم تسليط الضوء إعلاميا وسياسيا بشكل مركز على القضايا الإثنية الطائفية في العالم العربي، بل إن هذه القضايا أدت في بعض التجارب العربية اليوم إلى تمزيق النسيج الاجتماعي الداخلي بعد تدمير الدولة ومؤسساتها عن طريق هذه المواجهات والصراعات الأهلية الانقسامية، ولقد أثبتت التجربة أن تجاهل مثل هذه المواضيع المرتبطة بهوية المجتمع يلقي بوحداته الاجتماعية إلى الاحتراب الذي قد يقود بذلك إلى المصير المجهول[209].

وفي هذا السياق تشكل حركة الهوية البربرية في المغرب العربي اليوم تجسيدا آخر للصراعات الهوياتية بالمنطقة العربية، بحيث لاتزال قضية الأقليات الأمازيغية في المغرب العربي تثير جدالات ونقاشات واسعة على الساحة السياسية وبشكل خاص منذ المرحلة الاستعمارية مرورا بمرحلة الاستقلال وصولا إلى هذه المرحلة الراهنة، وفي خضم هذه الدينامية التي ظلت تعرفها القضية الأمازيغية اختلفت كذلك تلك العوامل والأسباب بين المفكرين والباحثين بين خلفيات وأهداف هذه النزاعات البربرية، بين من اعتبرها تجسيدا للمخلفات الاستعمارية التي حاولت أن تفصل بين البربر عرقيا ولغويا وفنيا ودينيا وتاريخيا عن العرب، وبين من اعتبرها وليدة ظروف داخلية ارتبطت بالإقصاء الذي مورس على الأمازيغية نتيجة هيمنة النموذج اليعقوبي في بناء الدولة الوطنية الذي يقوم على المركزية، ويلغي الخصوصيات وثقافات الهامش، أو نتيجة لوجود قوى مجتمعية معارضة أخرى تؤكد على أن هوية المغرب لا تخرج عن ثنائية الإسلام والعروبة، وكيفما كان هذا التصور أو ذاك فإن فهم واستيعاب القضية الأمازيغية يقتضي البحث عن تطور الحركة الأمازيغية تاريخيا منذ مرحلة الاستقلال، من أجل الوقوف على العناصر التي ظلت مواكبة ومتحكمة في حركات مطلب الهوية البربرية بكل بلد، وسيتم اعتماد التجربة الجزائرية والمغربية كنموذجين لتمثل هذه الصراعات الهوياتية، وفي هذا الصدد بالنظر للثقل النسبي لهذه الأقليات الأمازيغية رغم أنها تتواجد في أقطار أخرى عربية و إفريقيا، إلا أننا سنركز على هاتين التجربتين، من خلال البحث عن درجة وحدود الانصهار الاجتماعي لهذه الأقليات عبر هذه المراحل وتأثير سياسات الدول الاستعمارية وسياسات الدول العربية في تطوير الذاكرة الاجتماعية لهذه الأقليات.

---

[209]– عبد القادر الزاوي: مرجع سابق بتصرف، ص 67-68.



1-أصول وجذور الأمازيغ

ويقودنا الحديث عن الجذور العربية والبربرية إلى التعبير بأن الطريقة الأنسب للتعريف بالأمازيغ هو بوصفهم أنهم الشعوب الأصلية لشمال إفريقيا، ومع ذلك فإن هذا التعريف مبسط، ذلك أن الأمازيغ لم يتطوروا من فراغ، لكنهم تداخلوا مع الجماعات الأخرى التي وفدت واستقرت في الشمال الإفريقي مثل الرومان والمستوطنين الفنيقيين والعرب، ويعتبر الأمازيغ متوسطيين وثيقي الصلة بالصقليين والإسبان والمصريين، لكنهم معروفون بشكل أكثر صياغة بأنهم "الشعب الذي يتحدث باللغات البربرية وحتى اليوم يصعب على العلماء تعريف من هم الأمازيغ"[210].

كما تطالعنا في هذا الصدد العديد من المصادر التاريخية عن تلك الأصول يذكر من ضمنها ما كتبه "محمد مختار العرباوي" من خلال قوله أنه من الأشياء ذات الشأن في تاريخ البربر العربي اسم "أمازيغ" مؤنثة تمازيغت وجماعة ايمازيغن"، وهو من الأسماء التي كثر الحديث عنها في السنوات الأخيرة في الساحة المغاربية خاصة[211]، ولقد استخدمه أصحاب النزعة البربرية شعارا سياسيا لهم وعبؤا له كل ما لديهم من إمكانيات لترويجه على نطاق واسع، ونجحت أيضا الدول الغربية ذات النفوذ الاستعماري (كفرنسا بريطانيا) في بذر بذرة الأمازيغية في الدول المغاربية وغيرها وتعهدتها بالمال والرجال وأوجدت لها أكاديمية بربرية في فرنسا وتعهدتها و أنشأت لها قناة فضائية[212].

وتذكر لنا المصادر اليونانية واللاتينية أن اسم "أمازيغ" كان معروفا منذ العهود القديمة، بصبغ متعددة تحريفية مختلفة مثل: "مازيس" ويقال أن الرومان هو أول من اطلق اسم البربر على سكان الشمال الإفريقي، وحتى لا أطيل في موضوع الجذور الأولى للبربر، أقول أن المؤرخين العرب أمثال "الطبري والمسعودي" و ابن حزم" وغيرهم لا يذكرون البربر، أما النسابة البربر

210–بلال عبد الله،: الاندماج الوطني والتحول الديمقراطي بعد الثورات العربية، الأمازيغ ليبيا نموذجا، مؤلف جماعي بعنوان : الديمقراطية المتعثرة ، مسار التحركات العربية الراهنة من أجل الديمقراطية، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى بيروت، مارس 2014، ص 285-286.

211– التهامي الهاني: العرب إلى أين، ستكون القيادة وحراك الشعوب، عنوان المؤلف، قضايا عربية وإسلامية، الطبعة الأولى 2012، الناشر الدار التونسية، ص 143.

212– محمد عمر السباعي: نحو نظرية جديدة لتاريخنا العربي الأمازيغ في المتوسط العربي، الطبعة 2005، دون ذكر اسم المطبعة، ص 231.



أمثال "هاني بن بكور الضريس"، و"سابق بن سليم المهماهي"، و"مخلد بن كيداد لنكري الملقب" "صاحب الحمار" فإنهم يختلفون في نسب البربر، ويرى صاحب الحمار أن فرعي البربر (البرانس والبتر) ينحدرون من أصل واحد وهو مازيغ بن كنعان بن حام بن نوح، وفي المغرب الأقصى اعترضت السلطة أمر "التعدد اللغوي" لدى البربر ولم يجدوا لغة واحدة يتكلمون بها فأقروا التدريس بثلاث لغات بربرية[213].

يعتبر البربر من أقدم السكان الذين استوطنوا بلاد المغرب أو بالأحرى السكان الأصليون ويمكن رد أصل تسمية كلمة البربر إلى عدة روايات تناولها اغلب المؤرخين ولقد ظلت أصول الامازيغ محل جدل ونقاش يختلط التاريخ فيها بالأسطورة ، ويتداخل فيها الاديولوجي بالمعرفي ويعاد الخلط أحيانا بين الماضي والحاضر والعصبيات والأمزجة، هناك من ينسبهم إلى الفرس، انطلاقا من الرواية المتعلقة بعبور هؤلاء أعمدة هرقل جبل طارق حيث اختلطوا سكان إفريقيا الأوائل من الجيتوليين واللوبيين اورد تلك الأسطورة الرواية المؤرخ سالوست ، وربما كانت مترجمة من بونيقية للملك هبسال.

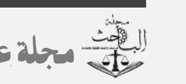
وهناك أطروحة الأصل الكنعاني التي تتحدث عن أصل الموريين،واسهم لفظ عام يدل على سكان الشمال الإفريقي ممن بقو خرج إطار الرؤمنة

وقد ذهب الباحثون الغربيون إلى ربط الامازيغ بالأصل الأوروبي فجعلوا الامازيغ من نسل الغال سكان فرنسا في العصور القديمة أومن نسل الجرمان سكان ألمانيا قديما وأحيانا من نسل قوزقازي، وقد جزم ابن خلدون بالأصل الكنعاني للامازيغ،ومهما كانت صحة ذلك فان الامازيغ ليسو من ارومة واحدة ،ولا يمكنهم ادعاء البقاء العرفي، بل ان التاير العربي والكنعاني والعمليقي الهكسوسي ملموس في التاريخ الاماريغي، فضلا عن الارومات الأخرى الغامضة من المتوسط ومن إفريقيا جنوب الصحراء[214]

---

[213]– التهامي الهاني: مرجع سابق، ص 143.

[214]- رحماه الله ولد السالم : تاريخ الامازيغ والهجرة الهلالية مقتطف من كتاب العبر لابن خلدون مع دراسة قبائل البافور الغامضة 1 دار الكتب العلمية 2012 نواكشوط موريتانيا.



وإذا تصفح المرأ أغلب المؤلفات التي تناولت جوانب من المسألة البربرية كظاهرة حضارية أو خصوصية إثنية أو قضية سياسية سيجدها نادرة وتزامنت مع وجود الاستعمار العربي ونذكر في هذا السياق على سبيل المثال.

- المقال الذي نشره "دمبورجو" بعنوان القانون العرفي للبربر في الجنوب التونسي والذي صدر في النشرية التونسية سنة 1902.
- العرب في بلاد البربر القرن الحادي عشر والرابع عشر "لجورج مارساي" بباريس 1903.
- القانون وعادات البربر" لعثمان الكعان" الذي صدر 1956.
- الناطقون بالبربرية في تونس ل"باسات" صدر سنة 1956.

ولقد عرفت الكتابات حول هذا الموضوع انطلاقا من القرن العشرين تطورا هاما، حيث ظلت الدول التي سبق وأن استعمرت البلدان المغاربية أشد المتحمسين لخلق أزمة هوياتية في الشمال الإفريقي[215]، ولقد بدا ذلك جليا من خلال وقوف هذه الجهات مع الأقليات، بمعنى آخر أن هذا الموقف يشكل حسب هذا التوجه تطورا لرؤية تاريخية لأنظمة الغرب اتجاه الشمال الإفريقي بعودة الحكم الروماني الى بلاد إفريقية، وتبدو هذه الفكرة عند العديد من الباحثين والمؤرخين: وخصوصا المستشرقون في ثنائية (البدو الحضر) أي (العرب والبربر) زاعمين أن صفة البداوة ملتصقة بالعرب، إذ كان غلاة المستشرقين يرون أن الزحف الهلالي هو النكبة" يقول "جورج مارساي" لقد أحست إفريقيا الشمالية بألم عميق وإلى الأبد بهذه النكبة، ويمضي في القول بأن "أسلمة بلاد البربر تطرح قضية تاريخية لا أمل لنا في حلها وأوضح "كرستيان كورتوا" أن هذا يجعل البربر يتخلو شيئا فشيئا عن رومانيتهم[216].

وللحديث عن هذه المكونات فإن ذلك يقتضي استحضار تلك العوامل المرتبطة بالجغرافيا والسياسة والاستعمار، التي واكبت وحركت مطلب الهوية البربرية بكل بلد من هذه البلدان سواء من خلال النموذج الجزائري أو المغربي.

2-الأقليات الأمازيغية المغاربية

215– نفس المرجع سابق: ص 137.

216– نفس المرجع السابق: ص 138.



أ-الحركة الأمازيغية بالجزائر

على الرغم من أن البربر يتواجدون بشكل عام في أقطار المغرب العربي، وحول إفريقيا الغربية الواقعة في الصحراء الكبرى، إلا أنهم يتركزون بشكل خاص في كل من المغرب والجزائر، وبذلك فهم يشكلون في الجزائر ثقلا بشريا أو اجتماعيا مهما في إطار هيكلها السكاني، في الجزائر تصل نسبهم ما بين 10 إلى 35% من مجموع السكان، ويتركز البربر بالجزائر بشكل خاص في منطقة القبايل بشمال شرق الجزائر[217].

وبالنظر لما تشكله هذه الإشكالية البربرية في الجزائر من أهداف ومصالح غربية من أجل تكريس السياسات الاستعمارية، فقد سعت فرنسا جاهدة ومنذ الحقبة الاستعمارية إلى إبراز وتبني الإشكالية البربرية، وهكذا حاولت فرنسا منذ الوهلة الأولى إلى نشر الثقافة الفرنسية، بل والديانة المسيحية لأغراض سياسية معروفة خاصة في المناطق التي تسكنها أغلبية البربر وصيغ التعليم فيها بصيغة خاصة غير عربية في لغته وفي مواده الدراسية، وكانت هذه الحملات مدعومة بكتابات فرنسية و أبحاث ذات مظهر علمي خارجي تركز على انفصال البربر عرقيا ولغويا وفنيا ودنيا وتاريخيا عن العرب[218].

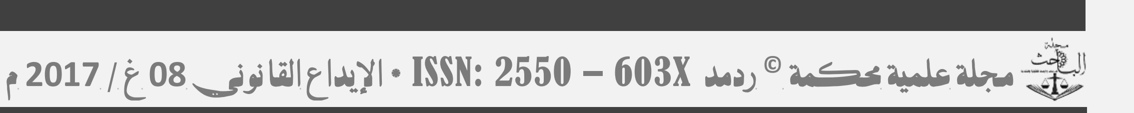
لقد أدت السياسات الاستعمارية بالجزائر إلى إيقاظ النزعة البربرية وإلى دعم الفئات البربرية من خلال سعي القوة الاستعمارية إلى الحفاظ على اللغة والثقافة الفرنسية كإطار عام والخصوصية البربرية كإطار خاص على حساب اللغة والثقافة العربيتين، وتجد هذه الفئات دعما مباشرا من الخارج، بل إن معظم فئاتها المثقفة ظل يحظى بنفس الدعم ومن أمثلة ذلك ما يسمى بجبهة القوى الاشتراكية التي يتزعمها حسن أيت أحمد التي تبذل نشاطا واسعا سواء عن طريق تعبئة الإعلام الفرنسي المهيأ أساسا لمثل هذه المهمة ضد الوضع القائم، خاصة في الجزائر أو عن طريق توزيع البيانات السرية، وخاصة في منطقة القبايل، حيث يتركز نصف بربر الجزائر[219].

لقد أقدمت الإدارة الاستعمارية الفرنسية منذ احتلالها للجزائر على جملة من السياسات من أجل تغيير هذا التاريخ الجزائري بين المكونات الاجتماعية والبربرية، وفرض هيمنتها على

217– عبد السلام ابراهيم بغدادي: الوحدة الوطنية ومشكلة الأقليات في افريقيا، مركز دراسات الوحدة العربية سلسلة أطروحات الدكتوراه العديد 23 الطبعة الثانية بيروت 2000، ص 135.

218– نفس المرجع السابق: ص 138

219–عبد السلام إبراهيم بغدادي: مرجع سابق، ص 137–138.



المجتمع الجزائري، حيث قامت منذ البداية على فصل القبائل الصغرى البربرية عن بقية البلاد كإدارة مستقلة منذ سنة 1849، وتلا ذلك إنشاء منطقة القبائل الكبرى مستقلة عن بقية البلاد سنة 1953، وأخضعت هاتين المنطقتين لتنظيم إداري واجتماعي مختلف عن باقي الجزائر، وانكب علماء اللغة الفرنسيين على وضع قواعد الصرف والنحو للغة القبائلية (البربرية) بهدف محو الثقافة العربية الإسلامية لهذه الفئة من المسلمين الجزائريين تمهيدا لربطها نهائيا بالثقافة الفرنسية، وبذلت البعثات التبشيرية المسيحية جهودا مضنية لتحقيق هذا الهدف، وحاولت السلطات الفرنسية تأليف حزب "الشعب القبائلي" لشق صفوف حزب الشعب الجزائري وتفتيت قواه[220].

إلا أنه وعقب الاستقلال و انتهاء الاستعمار سيسيطر على العالم العربي مناخ قومي عربي كاسح، فكان من نتاج ذلك تراجع النزعة البربرية والمتحدثين بها في بلاد الشمال الإفريقية، إلا أنه ونتيجة لهزيمة 1967 و انكسار موجة المد القومي العربي فإن ذلك سيؤدي من جديد لتمدد هذا الوعي الأمازيغي، وفي هذا السياق حاول النظام الجزائري تدارك سياساته الإقصائية والشمولية من خلال تجربة "هواري بومدين" التي سعت إلى إقامة تكامل وإدماج[221]، وهكذا حاولت تجربة "هواري بومدين" أن تقيم تكاملا واندماجا بين المكونين العربي والأمازيغي في ثقافة وطنية مشتركة، إلا أن هذا المجهود سرعان ما اصطدم بتنامي النزعة التصارعية، بل إن الواقع كشف- بعد ذلك- عن مزاج تعاركي محلي بين القبائل والنظام بشكل سيتعمق معه هذا الصراع المفتوح نتيجة لهذا التوجه اليعقوبي للدولة[222].

ونتيجة لهذا الفشل فإن ذلك سيؤدي إلى انتعاش حركة الهوية البربرية بغية إبراز خصوصية لغتها وثقافتها في مواجهة العربية، فانطلاقا من 1980-1970 ستعرف العديد من المناطق البربرية الجزائرية هيجان شعبي بربري ستتسع قاعدته بعد ذلك ما بين 1980-1990[223]، وتشكل أحداث "تيزي وزو" عاصمة ولاية القبائل أهم هذه الأحداث والمظاهرات التي عرفتها الجزائر والتي تركت وقعا خطيرا في العالم العربي والجزائري، وقد كان التلفزيون

[220]– علي مفلح محافظة: مرجع سابق، ص 35.

[221]– بلال عبد الله: مرجع سابق، ص 286.

[222]–خليل أحمد خليل: مرجع سابق، ص 36.

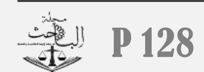
[223] – GERARD CLAUDE,. Op.cti, p 121

الجزائري أول من بث شريطا إخباريا مدته أربعون دقيقة حول مدى ما حصل من تخريب في هذه الولاية، حيث أقدم بعض المتظاهرين على حرق العلم الوطني الذي خاضت البلاد تحت رايته حرب التحرير، ورفع مكانه علما انفصاليا رسموا عليه صورة زيتونة، والزيتون كما هو معروف أهم موارد القبايل حيث لا نفط ولا موارد طبيعية أخرى[224]، إلا أن ما يثير التساؤلات في هذا الحادث هو طبيعة تلك الشعارات التي رفعت على خلفية هذا الحدث، ما إذا كانت اجتماعية أو سياسية أو خارجية، حيث رفع هؤلاء شعارات مضللة لكل ما هو وطني وعربي وإسلامي، ومن ضمن تلك الشعارات: تسقط العربية، يسقط الإسلام، تحيا الجزائر، وبعد هذه المرحلة ستعرف النزعة البربرية منحى آخر إذ ستعرف الجزائر أحداث دموية أخرى في سنة 1994 عقب الاستحقاقات التي عرفت فوز جبهة الإنقاذ الإسلامي، وسينتهز نشطاء البربر ضعف السلطة لتمرير خطاباتهم ومظاهراتهم، حيث شهدت منطقة القبايل إضرابا مدرسيا عاما 1994-1995، احتجاجا على قانون تعميم استخدام اللغة العربية، حيث أطلق على هذا الإضراب "مقاطعة المحفظة"، قبل أن يتم تعليقه بموجب اتفاق أبريل 1995 بين السلطة (والتي كان أحمد أويحي أحد أعضاء وفدها) والحركة الثقافية البربرية[225].

بعد ذلك ستشكل سنة 2001 محطة أخرى من المحطات التاريخية للمطلب الأمازيغي، حيث ألهبت وفاة طالب ثانوي " ماسينسا قرباج" يوم 18 أبريل في نفس السنة في مقر الدرك الوطني فتيل الأزمة، بشكل لم تهدأ معه الاحتجاجات بعد ذلك، فانطلقت في بلدة "بني دوالة" في ولاية " تيزي وزو" وشرقا في الجزائروذلك بعد اعتقال هذا الطالب أثناء التظاهرهووغيره احتفالا بذكرى الربيع البربري الذي يحتفل به سنويا، و انطلقت بذلك شرارة الأحداث بمظاهرات وقمع وتخريب وتدمير للمرافق العمومية... وقد أدت تلك الأحداث إلى انسحاب حزب التجمع من أجل الثقافة RCD، وحل محله تنظيم جديد عرف باسم "تنسيقية العروش"، ولقد ساهم نشاط هذا التنظيم الجديد في جعل السلطات الجزائرية تقدم على خطوات أخرى في تدبير الهوياتي: منها

[224]– عبد السلام ابراهيم بغدادي: مرجع سابق، ص 139.

[225] GERARD CLAUDE, –. Op.cti, p 121



ترسيم الأمازيغية لغة وطنية وليست رسمية كما يطالب القبايل، كما تم فسح المجال أمام مظاهرات سنوية سلمية محتفلة بذكرى الربيع البربري وبشكل خاص في" تيزي وزو"[226].

لقد ساهمت هذه الأحداث السالفة وغيرها في تأجيج النزعة البربرية مستفيدة من ذلك من تداخل العوامل الداخلية والخارجية، فمن جهة شكل فشل النظام الجزائري في صهر المجتمع في بوتقة واحدة سببا في فتح المجال أمام التدخل الأجنبي الذي سعى جاهدا إلى مواكبة حراك هذه الأقليات الأمازيغية، وما يؤكد ذلك أن التحرك الفرنسي الثقافي بالهوية البربرية لم ينقطع على أرض الجزائر بصورة مباشرة أم من داخل فرنسا، فمثلا يوجد في الجزائر اليوم خمس مراكز ثقافية فرنسية موزعة على العاصمة ووهران وقسنطينية وعنابة وتلمسان ، علاوة على وجود 28 بيتا ثقافيا منتشرين في أنحاء الجزائر ليس لامتداد نشاطها نظيرا في أية دولة أخرى في العالم، والهدف واضح ولا يحتاج إلى تعليق، إضافة إلى تبني بعض المراكز الأكاديمية الفرنسية للأفكار التي لا تتلاءم مع الوحدة والأمة الجزائرية، وفي ضمن هذه الدوائر نذكر على سبيل المثال المركز الجامعي للبحث العلمي التابع لجامعة اكسو- مارسيليا وقسم الدراسات البربرية في جامعة "فنسين" التي تصدر نشرة دورية باسم النشرة البربرية والأكاديمية البربرية في جامعة باريس، ولجنة الدفاع عن الحقوق الثقافية في الجزائر[227]، وما يعزز هذا التوجه المرتبط بالأهداف غير المعلنة، واليوم ما معنى أن يعلن من باريس مثلا تشكيل حكومة مؤقتة لأمازيغ مشاركين في الحكم المركزي الجزائري[228].

لقد أدت مختلف هذه العوامل في التجربة الجزائرية إلى تهديد خطير للوحدة الوطنية، التي أصبحت بموجبها هذه الوحدة أكثر عرضة للتمزق والتشظي.

ب-الحركة الأمازيغية المغربية

تشكل الفترة الاستعمارية في المغرب أحد العوامل الرئيسية أيضا في إيقاض النزعة البربرية، بحيث ساهمت العديد من الدراسات الاستعمارية الاستشراقية في إبراز وتسليط الضوء على ذلك التباين بين المكونين العربي والبربري، وترافق ذلك بجملة من السياسات

---

[226]– عمر شـليغم: آليات المواجهة الأمازيغية والعنف الهوياتي، المركز العربي للبحوث والدراسات، مركز علمي مستقل منذ 1998، اطلع عليه يوم 2016/07/15 انظر الموقع الإلكتروني www.acrseg.org:/39930

[227] – عبد السلام إبراهيم البغدادي: مرجع سابق، ص 138.

[228]– خليل أحمد خليل: مرجع سابق، ص 36.

الاستعمارية التمييزية بين العنصرين، فرغم حصول المغرب على الاستقلال فإن ذلك لم يساهم في تحجيم تلك النزعة البربرية نتيجة لغياب برنامج الدولة الوطنية، غير أن توالي الأحداث والوقائع ستفرض على السلطة المغربية التفاعل مع المطالب الهوياتية من خلال برامج سياسية و اقتصادية وسوسيو ثقافية بغية ضبط التوازن بين فئات المجتمع.

وبالعودة إلى التاريخ الاستعماري نجد أن الإدارة الفرنسية في سياساتها البربرية منذ البداية قد استلهمت سياساتها من تلك الدراسات التي قام بها أولئك المستكشفون الاستعماريون، والتي نذكر من ضمنها مذكرات "شارل فوكو" والتي نبه من خلالها عن "استقلال البربر في المغرب عن السلطان، وعدم تقيد أهلها بتطبيق الشريعة الإسلامية، فضلا عن جهلهم للغة العربية ،الشيء الذي ألهب حماس الاستعماريين في الجزائر والمغرب، أولئك الذين كانوا يطمحون إلى استرجاع شمال إفريقيا؛ أي الرجوع إلى ما كانت عليه قبل الإسلام حين كانت خاضعة لروما وتشكل جزء من الإمبراطورية الرومانية، ولعل هذا الموقف يشكل حسب هذا التوجه تطورا لرؤية تاريخية لحكام الغرب اتجاه الشمال الإفريقي حيث هناك من الأوروبيين من يحلم بعودة الحكم الروماني إلى بلاد إفريقيا[229].

بشكل عام ساهمت السياسة الفرنسية البربرية من خلال هذه الرحلات الاستشرافية وعبر مسار طويل في رسم معالم الهوية بشكل منعزل عن الهوية العربية، فبعد فرض الحماية الفرنسية في المغرب بسنتين أنشأ الفرنسيون مدرسة للغة العربية واللهجات البربرية كنقطة انطلاق للسياسة البربرية، ومنحت القبائل البربرية محاكم عرفية خارج نطاق المحاكم الشرعية الإسلامية سنة 1914، وبعد ذلك بعام تألفت لجنة الأبحاث البربرية في الرباط، ويقول "المارشال ليوطي" كأول مقيم عام فرنسي في مراكش في تقريره في حزيران 1915: «إن مصلحة فرنسا من الناحيتين السياسية والدينية أن تفرق أكثر مما توحد... وسياسة التفرق في صالحنا، وستكون إحدى مراحل عملنا» وفي العام نفسه أصدر المقيم العام قرارا بجعل اللغة الفرنسية الرسمية لمجالس الجماعات البربرية، و أنشأت منذئذ المدارس الفرنسية لأبناء البربر لتحل محل المدارس القرآنية والتعليم العربي[230].

---

[229]–التهامي هاني: مرجع سابق، ص 138–139.

[230]– علي مفلح محافظة: مرجع سابق، ص 35.



TEL + 212 771394949 www.allbahit.com Majalatlbahit2017@gmail.com

ويلاحظ "لاشيرار" في هذا الإطار أيضا وهو أحد كبار أقطاب الفكر الاستعماري في المغرب في تقريره الذي صدر 1912، مع بداية الحماية الفرنسية ضعف المخزن (السلطان والجهاز الحكومي والإداري)، وغياب سلطته في كثير من المناطق، ليؤكد أنه من الضروري أخذ هذه الحقيقة بعين الاعتبار عند البدء في تنظيم البلد، حتى تتجنب فرنسا في المغرب الأقصى أنواع الحيرة والتردد والتي شلت عملها في الجزائر، ويقترح "لاشيرار" على ضوء هذا الواقع ترك "البرابرة" يتطورون في إطار الحضارة البربرية الموجهة نحو فرنسا وبمعزل عن العرب في إطار الحضارة العربية التي يمثلها المخزن، تحت شعار فرق تسود، وهذا ما يتكرر مرارا في التقرير[231].

لقد كان الهدف بشكل عام في هذه السياسة هو فرنسة البربر ومنحهم الأفضلية على العرب، وهكذا أصدرت فرنسا ظهير مرسوم 0193/5/15 الذي جرد الحكومة المراكشية من سيادتها على القبائل البربرية، فعلى الرغم من المقاومة التي أثارها هذا الظهير في مراكش في الأقطار العربية الإسلامية، فقد استمرت فرنسا في سياستها البربرية[232].

لقد شكلت هذه السياسات في مجملها في هذه المرحلة هدفا من أجل تعميق الهوة بين المكونين العربي والبربري، هذان المكونان اللذان ظلا تاريخيا في انصهار وتجاور هو أقوى بما لا يقاس، سواء تعلق الأمر بعلاقات المصاهرة أو الزواج أو التجارة أو غيرهما من العلاقات الاجتماعية[233].

-النزعة البربرية في مرحلة الاستعمار:

يرى "كمال عبد اللطيف" أنه خلال هذه المرحلة تم تشويه العلاقة بين المكون الأوروبي والبربري بإيعاز من الاستعمار الفرنسي، وهي صورة قامت على ازدراء وتشويه منهجيين للجسد المغربي، ومع السعي ليضرب بعضه البعض الآخر، كما أدلت على ذلك الكثير من مراسم وأعمال السياسة الاستعمارية في المنطقة، ومنها على سبيل المثال فقط الظهير البربري لـ 16 ماي 1930[234]، رغم أن التاريخ يفند هذا الزعم أو هذا التمايز بين العرب والبربر كما هو معروف، كما

231– محمد عابد الجابري: المقال 112 بين "الشوينغوم" في الخطاب وإعادة بناء الهوية، مجلة مواقف، العدد 43، الطبعة الأولى، شتنبر 2005، ص: 64-65.

232– علي مفلح محافظة: مرجع سابق، ص 36.

233– د عبد السلام ابراهيم البغدادي: مرجع سابق، ص 132.

234 – عبد المطلب الزيزاوي: أوهام الظهير البربري السابق والتداعيات اصدارات فيد برانت الطبعة 2003 ص 85.

كان للبربر إسهاما تاريخيا فعالا في الحضارة العربية الإسلامية، وكان لهم دور واضح مع إخوانهم العرب في فتح الأندلس سنة 92 هجرية بقيادة طارق بن زياد، كما قامت لهم دولا معروفة من أشهرها دولتا (المرابطين والموحدين) اللتان كان لهما الدور الكبير في توحيد الممالك العربية الإسلامية التي قامت في شمال إفريقيا وبلاد الأندلس، كما أن التاريخ يكشف لنا إسهام هاتين الدولتين في نشر الإسلام في غرب إفريقيا، وظهر في تلك المرحلة أبرز اللغويين من واضعي القواعد الصرفية والنحوية ألا وهو "المعاطي البربري" المولود في مدينة مقلة حيث درس "ابن خلدون" ولقد كان للبربر كذلك دور كبير في مقاومة الاستعمار[235].

يمكن القول أن الطرح السياسي للمسألة الأمازيغية قد استقر في هذه المرحلة في كثير من جوانبه إلى السياسة البربرية الفرنسية في المغرب، هذه السياسة التي قامت على توظيف بعض المعطيات الإثنية لخدمة أهداف محددة سلفا، وقد اعتبر الظهير البربري الذي تم استصداره سنة 1930 لحظة تجليها القصوى[236].

-النزعة البربرية في مرحلة ما بعد الاستقلال

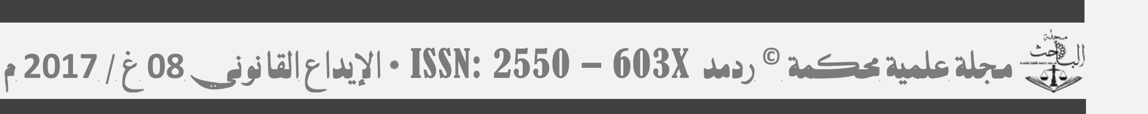
في هذه المرحلة لم تتخل فرنسا عن مهامها وعلاقاتها، بل ظلت حريصة على مواصلتها لسياستها ذات النزعة البربرية ببعض قيادات هذه الأقلية التي تستعملها عند الحاجة للتدخل في الشؤون الداخلية لهذا البلد، وغدت هذه الحماية مرتبطة بحقوق الإنسان.

ولقد تعمقت تلك الأزمة بين المركز والمناطق الطرفية عندما أطلق حلفاء الإقطاعي "الماريشال ليوطي" بعد مغادرته ما سمي بسياسة "البربر" المكرسة لرسم تمييز حاد بين العرب والبربر، وهكذا ففي 1956 استقال زعيم بربري في الأطلس الأوسط وصديق حميم للملك من منصبه من الحكومة الملكية كوزير الداخلية، وعاد إلى الجبال يدعو إلى الوشائجية القبلية بين القبائل(القبائل هي التي أعطت المجد إلى المغرب)، ونادى بذلك بحل كل الأحزاب السياسية، لقد أشار بقوله ذلك:(أن تمنح المسؤولية إلى رجال يجهلون القبائل تماما هو أمر ضد مصالح البلد والالتفاف الوطني حول شخص الملك فقط)، لكن سرعان ما توقفت جهوده بنصيحة من الملك، لكن بعد شهور قام بربري آخر أكثر تقليدية وهو حاكم مقاطعة" تافيلالت الجنوبية

---

[235]– د عبد السلام ابراهيم البغدادي: مرجع سابق ص 133-134.

[236]– عبد المطلب الزيزاوي: مرجع سابق ص 85.



الشرقية" الحسن ليوسي بثورة رافضا صراحة على حد قوله "عن حزب يحول بيننا وبين الحياة كما نريده"، معبرا في نفس الوقت عن ولاءه الآبدي للسلطان، وسرعان ما أمن الملك خضوعه سلميا، ووضعه قيد الإقامة الجبرية قرب القصر الملكي، لكن في أواخر 1958 حدثت ثورات متفرقة في الشمال والشمال الشرقي[237]، الشيء الذي فرض على الدولة الاعتراف بالتعددية السياسية من خلال السماح لحزب الحركة الشعبية بالتواجد داخل الساحة الحزبية، وإصدار ظهير الحريات العامة في نونبر 1958 ، ثم في مرحلة متقدمة تم الانفتاح على النخبة التربوية بحيث أصبح الفلاح المغربي مدافع عن العرش، "ولقد كان هدف تأسيس الحركة الشعبية في البداية لأمرين أولهما الدفاع عن الهوية، وثانيهما الوطنية فقد كان حينها الحزب الوحيد (حزب الاستقلال) يقوم باختطافات وهو ما لم يكن يرضينا في جيش التحرير وقمنا بخلق الحركة الشعبية ومنذ البداية ونحن ندافع عن الأمازيغية"[238].

إلا أن هذا الوضع سرعان ما سيعرف تطورات أخرى ارتبطت بأحداث الشغب التي دارت في الدار البيضاء والتي أدت إلى وفاة 30 شخص (حسب الإحصاءات الرسمية) ومئات من الأشخاص الذين سقطوا على يد القوى الحكومية، مما سيجعل الملك يتولى الإشراف على الحكومة والحكم بالمراسيم مقلصا بشكل منهجي نفود الحزبين: حزب الاستقلال وحزب الاتحاد الوطني للقوات الشعبية، وبعد أن حاول الحسن الثاني كسب الولاء الشخصي في هذه الفترة للبربر وضباط الجيش، فإن هذا التوجه سرعان سيعرف تحولا مع محاولة الانقلاب التي قام بها الجيش أثناء الاحتفال بعيد ميلاد الملك الأربعين، والتي قتل فيها الكثير أغلبهم أجانب، ومنذ وقوع هذا الهجوم الذي اتبع بآخر فاشل في آب/اغسطس في 1972 سيتضح الدور الذي لعبته النخبة العسكرية البربرية في هذا الانقلاب، ذلك أن جل مدبري هذه الانقلابات كانوا برابرة، مما جعل

237– كليفورد غيرتز : ... الثورة الإدماجية المشاعر الوشائجية والسياسات المدنية في الدور الحديثة مؤلف جماعي التعدد وتحديات الاختلاف تقديم دانيال برو تبرع ترجمة سعيد الآيوبي، دار الساقي، الطبعة الأولى 1997. ص 85-86.

238– مصطفى عنترة : مداخلة بمجلة نوافذ تحت عنوان : مفهوم الهوية في خطاب الحركة الأمازيغية، عنوان العدد الحقوق الاقتصادية والاجتماعية بالمغرب، مجلة نوافذ، مجلة ثقافية فصلية، يناير 2008، ص 121.

الملك يعمل على إضعاف دور البربر في الجيش، فضلا عن إيجاد قاعدة للتأييد بين السكان المتحدثين بالعربية في المدن الكبرى[239].

أما فترة الثمانينيات فستعرف بعد ذلك الحركة البربرية بعض المناوشات من السلطة من خلال منع الدورة الثانية لجمعية (الجامعة الصيفية بأكادير) واعتقال الراحل "علي صدقي أزايكو" ومنع مجلة أمازيغ، واعتقال الناشط "حسين إذ بلقاسم"، علاوة على اعتقال مجموعة من أعضاء مكتب منظمة "تامينوت" بإنزكان لكونهم طبعوا يومية تتضمن بعض الرموز التاريخية الأمازيغية[240]. بعد هذه الفترة سيعرف المغرب انفتاحا نسبيا للحقل السياسي، مع إنشاء المنظمة المغربية لحقوق الإنسان في 1988، وستعود بذلك المسألة الأمازيغية إلى الواجهة ومع الدفع الذي حازته الجمعية المغربية لحقوق الإنسان، وأكثر من ذلك ما كان للصدمة التي أحدثتها حرب الخليج من آثار سيشكل "ميثاق أكادير 1991" أول بيان وطني للحركة الثقافية بأكادير بالمطالبة بسياسة لغوية ديمقراطية أساسها الاعتراف واحترام الحقوق اللغوية والثقافية المشروعة لمختلف مكونات الشعب المغربي لإمكانية بناء ثقافة وطنية ديمقراطية، وهكذا جاء "مؤتمر فيينا" الدولي لحقوق الإنسان جوان 1993 لكونه مناسبة لتدويل[241] المسألة الأمازيغية.

كما شكلت محطة التسعينات مرحلة متقدمة أخرى من التفاعل مع القضية الأمازيغية نظرا لطبيعة المتغيرات الوطنية والدولية مستفيدة كذلك من وقائع وأحداث هامة منها:

- إحداث "كلميمة" إثر إقدام بعض النشطاء داخل الحركة الأمازيغية على رفع شعارات بالأمازيغية بمناسبة تظاهرة فاتح ماي وما خلقته من تداعيات داخليا وخارجيا.
- دخول الحركة الأمازيغية مرحلة التنظيم والمطالبة بترميمها خاصة بعد ميثاق أكادير المتعلق لحقوق الثقافية واللغوية.

---

[239]– كليفورد غيرتز : مرجع سابق، ص 86.

[240]– مصطفى عنترة: مفهوم الهوية في خطاب الحركة الامازيغية مجلة نوافذ مجلة . العدد 35–36 يناير 2008، على العدد الحقوق الاقتصادية والاجتماعية في المغرب، ص 123.

[241]– مرغريت رولاند: الحركة الأمازيغية في المغرب دفاعا عن هوية ثقافية مطالبة بحق الأقليات أم بديل سياسي المجلة الجزائرية في الأنتروبولوجيا العلوم الاجتماعية السنة 1999 العدد 8 ص 35–36.

- بداية انفتاح النظام السياسي على شركائه خاصة أنه كانت هناك مبادرة إشراك المعارضة السياسية (أحزاب الكتلة الديمقراطية).
- بروزقوميات بعد تفكك الكتلة الشرقية (الاتحاد السوفياتي سابقا).

كما جاء خطاب 20 غشت 1994 بعد ذلك بمثابة محاولة للتنفيس على حالة الغضب التي عرفتها الأوساط الأمازيغية، وكتكتيك للاحتواء في محطة ثانية، حيث تم الإقراربتدريس الأمازيغية في التعليم الابتدائي، وإدخالها الإعلام العمومي من خلال نشرة اللهجات[242]. لكن رغم هذا التبني في خطاب 1994 للأمازيغية فإن هذه البداية أعقبها ركود استغرق حوالي ثماني سنوات، لم تلب فيه وعود تلك الطموحات التي دأب النشطاء الأمازيغيون على الدفاع عنها[243]. هذا الواقع سيجعل الحركة الأمازيغية تدخل مرحلة أخرى من التنظيم والمظاهرات من خلال تصاعد للحركة الاحتجاجية عموما والحركة الأمازيغية على وجه الخصوص، خاصة بعد عزم هذه الحركة تنظيم مسيرة "تاوادا" ضدا على ما جاء في الميثاق الوطني للتربية والتكوين، و أيضا بعد صدور البيان الأمازيغي لصاحبه "محمد شفيق" الذي أعطى دفعة قوية للمطالب الأمازيغية، كما عرفت هذه الفترة دخول الأمازيغية مرحلة التسييس إثر إقدام بعض النشطاء على تنظيم لقاء بوزنيقة الأول والثاني الذي تدخلت السلطات العمومية لمنعه، وكذا رغبة البعض في تأسيس حزب سياسي أمازيغي، كما استفادت الحركة الأمازيغية في هذا السياق من خطاب الحقوق الثقافية واللغوية ودعوة المنتظم الدولي العديد من البلدان إلى الاعتراف بالأقليات[244]، كما تفاعل النظام الملكي مع هذه التحركات الأمازيغية من خلال "خطاب أجدير 2011"، الذي حرص فيه الملك على رد الاعتبار للقضية الأمازيغية والاعتراف بالمكون الأساسي في الهوية الثقافية المغربية وجعله الثابت الصلب الذي تتألف حوله عناصر التنوع المشكلة للطابع

---

[242]– مصـطفى عنترة: تأملات في خطاب الهوية عند نظام السـياسـي والجمعية المغربية للبحث والتبادل الثقافي سلسلة الدراسات الأمازيغية حول خطاب الهوية بالمغرب البوكيطي للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة الأولى 2007، ص 37.

[243]–- التجاني بولعوالي: راهن الأمازيغية في ضوء المتغيرات الجديدة، الطبعة 2014 الناشر افريقيا الشرق الدار البيضاء ص 17.

[244]– مصطفى عنترة: تأملات الهوية عند النظام السياسي والجمعية المغربية للبحث والتبادل الثقافي، مرجع سابق ص 37-38.

التعددي للهوية المغربية[245]، هذا المفهوم القائم على قيم التعددية والاختلاف والتعايش والوحدة أكد أن الهوية المغربية أمازيغية عربية أندلسية تفاعلت مع الحضارات والثقافات المتوسطية، فالملك "محمد السادس" لم يجعل الإسلام ضمن مكونات الهوية كما هو الحال بالنسبة لوالده، بل جعله يسمو على باقي المكونات الأخرى المشكلة للهوية، خاصة وأن الأمازيغ تميزوا طوال التاريخ باعتناقهم للدين الإسلامي الذي دافعوا عنه، ولعبوا دورا في نشره بمختلف بقاع العالم.[246]

وبشكل عام فرغم أن الدولة المغربية قد قدمت مجهودات متواصلة في إطار التجاوب مع هذه المطالب الأمازيغية، والتي تكللت بدستور 2011، كما نص دستور 2011 في فقرته الرابعة على أن الأمازيغية أيضا لغة رسمية للدولة باعتبارها رصيد مشترك لجميع المغاربة دون استثناء.

وتمت أيضا دسترة اللغة الأمازيغية رسميا في المملكة المغربية من خلال المادة الأولى من الدستور. كما تم اعتماد حرف «التفيناغ» لكتابة اللغة الأمازيغية.

إلا أن القضية الأمازيغية لا زالت تعرف تقلبات سياسية خاصة في سياق يعرف فيه العالم العربي حراك سياسي واجتماعي سيكشف أن هذه المجتمعات العربية غير متجانسة بل متصارعة أحيانا عرقيا وطائفيا وعشائريا، ويتزامن هذا المعطى مع ظهور مشاريع تفكيكية كولونيالية غربية تدعو إلى إعادة النظر في خريطة التقسيم الاستعماري التي أنجبتها التجربة السايكسبوكية البريطانية الفرنسية[247].

يكشف إذا هذا الواقع المغاربي والمرتبط بهذا الصراع الهوياتي بين المكون العربي والبربري ، عن الدور الضعيف الذي ظلت تلعبه الدولة في صهر مجتمعاتها، وهو الأمر الذي وفر الظروف للعامل الخارجي من أجل إذكاء هذا الصراع المرتبط بهذا النسيج المجتمعي المغاربي، لذلك فإن هذا المعطى أصبح يفرض على الدول المغاربية بصفة خاصة (الجزائر والمغرب)، لتدارك هذا الخلل في الواقع الاجتماعي المضطرب، من خلال البحث عن مخارج حقيقية لهذه الأزمات الهوياتية، ولن يتأتى ذلك إلا من خلال تفاعل إيجابي بين جميع المكونات الاجتماعية (العرب والأمازيغ)، الشيء الذي يجعل المسؤولية اليوم أكبر على الأنظمة السياسية من أجل

---

[245]– مصطفى بودهمان: في الهوية الأمازيغية بالمغرب، الطبعة الثانية 2013 منشورات " تاويزا" ص 32.

[246]– مصطفى عنترة: تأملات الهوية عند النظام السياسي ، مرجع سابق، ص 39.

[247]–عبد الإله بلقزيز: مرجع سابق، ص 76-77.

صهر هذه المجتمعات في بوثقة واحدة، ولاسيما أن هناك العديد من العوامل التي تؤثر بشكل كبير على الأزمات الهوياتية والتي كانت نتيجة:

- لتبني النموذج الفرنسي اليعقوبي في بناء الدولة الوطنية المبني على التوحيد الذي يلغي الثقافات المحلية.

- تحديد مفهوم الهوية الوطنية في شكله التقليدي المؤسس على ثقافة العروبة والإسلام والغاء الثقافات الأخرى.

-تداعيات أزمة الظهير البربري الاستعماري 16 ماي 1930؛

-غياب البعد الثقافي، برنامج بناء الدول الوطنية؛

-غياب الحقوق الثقافية واللغوية؛

-دور العامل الخارجي- فرنسا- في إذكاء الصراع بين العرب والبربر[248].

ومما لاشك فيه أن تجاوز هذه العوامل يعتبر اليوم مطلبا ملحا من أجل تجنب السيناريوهات الخطيرة بوحدة الدول المغاربية: ففي الجزائر مثلا لا زالت مناطق القبايل تعاني من عوز اقتصادي واجتماعي يلقي بظلاله على المظاهرات والأحداث التي تقع بين الفينة والأخرى، وبالمغرب يرى الدكتور "حمان أقفلي" أن الدعم المادي والسياسي الذي تحظى به اللغة الفرنسية، وهي لغة المستعمر الغريبة عن الواقع المغربي وتقاليده وثقافته، يجعل ترسيم اللغة سواء العربية أم الأمازيغية أمرا غير ذي جدوى وفائدة، وأن القول كذلك بترسيم اللغة الأمازيغية ودسترتها من دون استراتيجية جديدة تقطع مع تلك الاستراتيجيات التقليدية التي فشلت حتى الآن أمام ضغط حركة المجتمع الاحتجاجية، يقتضي التفكير العقلاني في صياغة استراتيجية متوازنة تأخذ بعين الاعتبار مختلف الأبعاد الاجتماعية والقانونية والعلمية والتنموية، لا التركيز على البعد السياسي والنضال فحسب كما كان الأمر في الماضي[249].

كما أن الأحداث والأزمات التي ظلت تعرفها هذه البلدان المعنية بالصراعات الإثنية لتعبر أيضا عن ذلك التحدي الكبير الذي تواجهه الدول المغاربية خاصة بالمغرب والجزائر، فهذه

[248]– مصطفى عنترة: مفهوم الهوية في خطاب بالحركة الأمازيغية، مرجع سابق، ص 119–120.

[249]– التجاني بولعوالي : مرجع سابق، ص 30–31.



الدول مطالبة اليوم بالبحث والعمل بشكل دؤوب على حلول فعالة ناجعة، وليس مجرد إعطاء مسكنات تخدمها في حينها، لكنها تشكل فيما بعد أساسا تقام عليه التوترات والأزمات والاحتجاجات، وعليه فإن الخروج من التقوقع الإثني وأزماته يكون من خلال: تفعيل آليات المشاركة السياسية وتحقيق الهوية وإعطائها هامشا وقيمة تستحقها.

بل إن تدبير ملف القضية الأمازيغية على هذا الصعيد لا يمكن أن يتم إلا من خلال ربط هذه القضية بمصير المجتمع المغاربي برمته، وبالقضايا الوطنية الكبرى وفي مقدمتها تحدي التنمية السياسية والاقتصادية والاجتماعية، بعيدا عن الاحتماء بالغرب أو بالأجنبي، لأن المكون الأمازيغي هو قبل كل شيء جزء من الهوية المغاربية والعربية الواحدة المتنوعة والرو افد المتعددة الألوان، وعليه فإن الدول المغاربية مدعوة اليوم إلى تأسيس حوار وطني حقيقي حول الأمازيغية على قاعدة الشرعية الديمقراطية والقيم الكونية، بعيدا كل البعد عن تلك المقاربات الأمنية والبوليسية، وبلورة رؤية إنسانية جديدة للعلاقة بين الأرض والطبيعة والثقافة والهوية، ومن خلال كذلك المزيد من فهم وتحرير الشخصية الجهوية والوطنية، وعبر تعزيز قيم المواطنة والحداثة والنزاهة والمصلحة العامة، انطلاقا من المقومات الرمزية للوجود التاريخي والثقافي إلى المكونات الاجتماعية، وذلك في صيرورة حداثة الدول والفعل السياسي والاجتماعي والثقافي المشدود إلى متطلبات العصر[250].

ولذلك فإن هذا الو اقع يجعل القضية الأمازيغية أمام مفترق طرق، يفترض إما أن تقوم الدول المغاربية بإحداث تحول ديمقراطي يعلي من شأن التنوع الذي يكون مصدرا للثراء الثقافي، والمواطنة التي تلغي ذلك التمييز بين المواطنين على أساس إثني، وإما أن تستمر هذه الدول العربية والمغاربية في تجاهل المطالب الحقوقية والثقافية والسياسية، بما سيفتح المنطقة المغاربية أمام النزعات الإثنية التي يمكن أن تكون مصدر تهديد حقيقي لوحدة كل الدول المغاربية.

لائحة المراجع:

[250] رشيد الحاجي: الأمازيغية والحق في التنمية، مجلة نوافذ، عنوان العدد: أمازيغية وحقوق الإنسان، مجلة فصلية، ثقافية، العدد 49-50، يوليوز 2011 السنة الرابعة عشر، بتصرف، ص 15-152.

الباحثين :مسالة الاكراد سوريا -الو اقع –التاريخ-الأسطورة مؤلف جماعي الناشر المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات ،الطبعة الاولى بيروت كانون الثاني يناير 2013.

عبد الله شرفي المشاقبة :/اسر ائيل مستقبل لامدينة القدس –الربيع العربي الباقورة والقمر–جائحة كورونا-صفقة القرن /رؤية اسر ائيلية: الطيعة 2020 دار الكتاب للنشر والتوزيع.

سعد محيو: آثار التفكيك في الحور العربي، مجلة المستقبل العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، السنة 38، العدد 443 يناير 2018.

بلال عبد الله،: الاندماج الوطني والتحول الديمقراطي بعد الثورات العربية، الأمازيغ ليبيا نموذجا، مؤلف جماعي بعنوان : الديمقراطية المتعثرة ، مسار التحركات العربية الراهنة من أجل الديمقراطية، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى بيروت، مارس 2014.

التهامي الهاني: العرب إلى أين، ستكون القيادة وحراك الشعوب، عنوان المؤلف، قضايا عربية وإسلامية، الطبعة الأولى 2012، الناشر الدار التونسية.

محمد عمر السباعي: نحو نظرية جديدة لتاريخنا العربي الأمازيغ في المتوسط العربي، الطبعة 2005، دون ذكر اسم المطبعة.

رحماه الله ولد السالم : تاريخ الامازيغ والهجرة الهلالية مقتطف من كتاب العبر لابن خلدون مع دراسة قبائل البافور الغامضة 1 دار الكتب العلمية 2012 نو اكشوط موريتانيا.

عبد السلام ابراهيم بغدادي: الوحدة الوطنية ومشكلة الأقليات في افريقيا، مركز دراسات الوحدة العربية سلسلة أطروحات الدكتوراه العديد 23 الطبعة الثانية بيروت 2000.

عمر شليغم: آليات المواجهة الأمازيغية والعنف الهوياتي، المركز العربي للبحوث والدراسات، مركز علمي مستقل منذ 1998، اطلع عليه يوم 2016/07/15 انظر الموقع الإلكتروني www.acrseg.org:/39930.

محمد عابد الجابري: المقال 112 بين "الشوينغوم" في الخطاب وإعادة بناء الهوية، مجلة مو اقف، العدد 43، الطبعة الأولى، شتنبر 2005.

عبد المطلب الزيزاوي: أوهام الظهير البربري السابق والتداعيات اصدارات فيد بر انت الطبعة 2003.

كليفورد غيرتز: ... الثورة الإدماجية المشاعر الوشائجية والسياسات المدنية في الدور الحديثة مؤلف جماعي التعدد وتحديات الاختلاف تقديم دانيال بروتبرع ترجمة سعيد الآيوبي، دار الساقي، الطبعة الأولى 1997.

مصطفى عنترة: مفهوم الهوية في خطاب الحركة الامازيغية مجلة نو افذ مجلة العدد 35-36 يناير 2008، على العدد الحقوق الاقتصادية والاجتماعية في المغرب.

مرغريت رولاند: الحركة الأمازيغية في المغرب دفاعا عن هوية ثقافية مطالبة بحق الأقليات أم بديل سياسي المجلة الجز ائرية في الأنتروبولوجيا العلوم الاجتماعية السنة 1999 العدد 8 .

مصطفى عنترة: تأملات في خطاب الهوية عند نظام السياسي والجمعية المغربية للبحث والتبادل الثقافي سلسلة الدراسات الأمازيغية حول خطاب الهوية بالمغرب البوكيطي للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة الأولى 2007.

رشيد الحاجي: الأمازيغية والحق في التنمية، مجلة نو افذ، عنوان العدد: أمازيغية وحقوق الإنسان، مجلة فصلية، ثقافية، العدد 49-50، يوليوز 2011 السنة الر ابعة عشر، بتصرف.

الدكتور إبراهيم أولتيت
أستاذ القانون العام كلية العلوم القانونية والاقتصادية
والاجتماعية جامعة ابن زهر- اكادير

العلاقة بين القانون الوضعي والتقدم العلمي

The relationship between positive law and scientific progress

تمهيد:

تتميز الحقبة التاريخية التي تعيشها البشرية اليوم بالأهمية الحيوية للعلم، وبسرعة الانتقال من الاكتشاف العلمي وتحويله إلى تطبيق تكنولوجي[251]، مما رسخ الارتباط بين العلم والصناعة والإنتاج، فبعد أن كانت الثورة الصناعية وراء اهتمام جماهيري واسع بالعلم، وارتباطه بالصناعة[252]، جرى في الخمسينيات والستينيات من القرن العشرين التعبير عن هذه العلاقة في إطار ما اصطلح عليه ب "البحث والتنمية "[253].

وإذا كانت هذه الحقبة، من القرن الماضي، عرفت ازدهار الاهتمام بالبحث والتنمية فإن التطورات المتعاقبة للتقنيات الريادية زادت من ترسيخ أهمية البحث العلمي كشرط لامتلاك العلوم وتطبيقاتها، مما فرض على صانعي السياسات في الدول الاهتمام بالابتكار باعتباره "فن

---

[251] –Muhamed ABDUSALAM, Science technologie et éducation pour le développement du sud, 1ère édition, Rabat, Toubkal, 1990, p. XIII.

[252] – جون ب ديكنسون، العلم والمشتغلون بالبحث العلمي في المجتمع الحديث، ترجمة شعبة الترجمة باليونسكو، المجلس الوطني للثقافة والفنون الآداب، الكويت، 1987 (سلسلة عالم المعرفة عدد 112)، ص. 19.

[253] –Claude PARE, «Les enjeux de la recherche et développement», futuribles, N° 146, septembre 1990.

تحويل المعارف إلى ثروات"[254]، عبر جهد جماعي، أي توفر بيئة تحتية مؤسساتية ومالية[255]، وبربط البحث العلمي بسياقيه التاريخي والثقافي[256].

ومن تجليات العلاقة بين التطور العلمي – خاصة في علاقته بالتكنولوجيا- والدولة بزوغ تحديات أمام القانون الوضعي، خاصة قدرته على ضبطه لخدمة المجتمع (مثال التكنولوجيا الحيوية والذكاء الصناعي)، مما دفع ببعض الدراسات للحديث عن علاقات القوة بينهما؛ فعلى الرغم من أن العلم يبدو وكأنه جزء من عالم مختلف تمامًا عن عالم القانون وغير مرتبط به، إلا أنه في الو اقع جزء من حركة القانون[257]، كما أدت العديد من الأحداث إلى زيادة التوتر بشكل كبير

---

[254] –Pierre BONNAURE, «Les politique d'innovation»، Futurible, N° 225, novembre 1997,p.59.

[255]– انطوان زحلان، العرب وتحديات العلم والتقانة، تقدم من دون تغيير، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 1999، ص. 31.

[256]– تعد التجربة اليابانية نموذجا مثاليا لهذه العلاقة بين العلم والتكنولوجيا والثقافة وهو ما عبر عنه الياباني يوجيرو ناكامورا(y. Nakamura) في دراسة له حول التجربة اليابانية في القرن السابع عشر إلى العصر الحاضر حيث يشير إلى ثلاثة أمثلة وهي: . إن العلم الآلي(S. Mécaniste) المتعامل مع الكائن (l'être) لا يتطابق مع الثقافة اليابانية، لذلك لم يقبل إلا من خلال عملية الإنعدامية الذاتية التي عمل بها اليابانيون، وقد انطلقوا فيها من فكرة العدم(néant)؛ ب . إن التجربة اليابانية تجاه الطبيعة هي بمثابة مشاهدة من الخارج بغية ولوج الداخل، وقد ساهمت هذه المشاهدة في الإبداع والتطوير التكنولوجيين؛ ج– إن النزوع إلى الجماعية عند اليابانيين ساعد على إدماج التقنيات والتحكم في الإنتاج والتدبير وظهر ذلك في صناعة السيارات. انظر،

Yùjiro NAKAMURA, «culture et technologie au Japon»,

ضمن مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية، ملف المعرفة والتكنولوجيا، (سلسلة الدورات)، الدار البيضاء، 12 ماي 1993، ص. 55.

[257] – Mireille D. CASTELLI, « Sciences et droit : relation et rapports de force », Les Cahiers de Droit, vol. 37, N° 1, mars 1996, p.97.

في العلاقة بينهما[258]، مما دفع للقول بأن القانون من صناعة و إبداع المهندسين باختراعاتهم وليس رجال القانون بصيغهم القانونية[259].

مفاهيم الدراسة

1-القانون الوضعي

يتميز القانون بتعدد محاولات تعريفه[260]، ويكون وضعيا – حسب هيغل Georg Wilhelm) Friedrich Hegel)(1770-1831)- أولا من حيث الشكل، وذلك بأن يكون ساري المفعول في دولة ما؛ وثانيا من حيث المضمون، وذلك بأن يكتسب عنصرا إيجابيا (أو: وضعيا) ، خاصة بالطابع الخاص لشعب ما، ومستوى تطوره التاريخي، وبالترتيبات النهائية الضرورية لإصدار أحكام فعلية في محاكم القضاء"[261].

---

[258]– أولاً، يتم تقديم الأدلة العلمية والتقنية بشكل متكرر في التقاضي وأصبحت أكثر تعقيدًا. يشير القضاة إلى أن عدد القضايا التي تنطوي على معلومات علمية وتقنية قد زاد بشكل ملحوظ؛ وثانيًا، تعتمد لوائح الصحة والسلامة والبيئة بشكل متكرر على علم الأوبئة والنمذجة البيئية والمنهجيات الإحصائية الأخرى، وتهدف إلى معالجة المخاطر التي تتضمن افتراضات قد يكون من الصعب التحقق منها. غالبًا ما تتحدى الأطراف المتأثرة بهذه اللوائح الأسس العلمية لهذه القواعد؛ وثالثا: المحاكم مدعوة للبت في عدد من القضايا العلمية والتقنية المعقدة للغاية في قضايا التعدي على براءات الاختراع؛ ورابعا: تعد القرارات القانونية جزءًا من الوجود اليومي لكل عالم ومهندس، فالقوانين واللوائح التي تحكم الملكية الفكرية، والوصول إلى بيانات البحث، وسوء السلوك البحثي، والمنح والعقود هي أمثلة قليلة (...).
Policy and Global Affairs, Convergence of science and law, A summary report of the first meeting of the science, technology, and law panel, National Academy Press, Constitution Avenue, N.W. Washington,2001, pp.2-3.

[259] – C-A. COLLIARD, « La machine et le droit privé français contemporain ». In Le Droit privé français au milieu du XXème siècle. Etudes offertes à G. Ripert. Ed. LGDJ, 1950. Pp. 115-137.

أورده محمد ع. الخطيب، "الذكاء الاصطناعي والقانون – دراسة نقدية مقارنة في التشريعين المدني الفرنسي و القطري في ضوء القواعد الأوربية في القانون المدني للإنسالة لعام 2017 والسياسة الصناعية الأوربية للذكاء الاصطناعي والإنسالات لعام 2019"، مجلة الدراسات القانونية، عدد 4، مجلد 2020.

[260]– حول مفهوم القانون أنظر، دينيس لويد، فكرة القانون، ترجمة سليم الصويص، مراجعة سليم بسيسو، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، نوفمبر 1981 (سلسلة عالم المعرفة، عدد 47).

[261]– أورده عبد الرحمان بدوي، فلسفة القانون والسياسة عند هيغل، ط1، دار الشروق، القاهرة، 1996، ص. 16 و17.

وتستعمل الدراسة مفهوم القانون الوضعي كتقنية للتوجيه العمومي للسلوك البشري[262]؛ لأن القواعد القانونية بصفة عامة هي أدوات، أي أشياء تقدم خدمات للإنسان فهي لها غاية أداتية وإن كانت موجودة بشكل موضوعي (عامة ومجردة)؛ وهي قياسات، أي أدوات مرجعية تمنح القياس لشيء ما، ففي الممارسة يجري الحديث عن وضع قواعد قانونية أو مقاييس، وفي حالة قاعدتين قانونيتين مختلفتين تطبقان على حالات متشابهة يجري الحديث عن " الكيل بمكيالين" دون أن ننسى رمز العدالة وهو الميزان (La balance).

وعليه، فإن القانون الوضعي (وسيلة أو تقنية) يؤذي مجموعة من الوظائف كالضبط، بما يعنيه من " تقييد للخيار الخاص بفرض قواعد عامة"[31]؛ أو الاستقرار والتوازن؛ أو التصريح والاعتراف وضمان الحقوق (حقوق الأفراد وحقوق الجماعة). ومن بين الوظائف الأساسية للقانون نركز على تقييد الحرية: "فحتى يكون الشخص حرا، عليه أن يقيد أولا (وهو معنى subjectum اللاتينية : ألقي إلى أسفل) بأقوال تربطه بالآخرين"[263]. وتبعا لهذه الوظيفة فإن للقانون وجهين، "أحدهما ذاتي والآخر موضوعي، وهما وجهان لعملة واحدة، ويعني هذا أن كل فرد لكي يتمتع بحقوقه يجب أن تندرج حقوقه الضيقة في قانون شامل، أي في إطار مشترك يقره الجميع"[264].

2- التقدم العلمي: العلم والتقنية

[262]– حول هذا المعنى للقانون أحيل بالخصوص إلى:

Paul AMSELEK, « Le Droit, technique de direction publique des conduites humaines », DROITS (Revue Française de théorie juridique), N° 10 (Le thème : Définir le droit), 1989, pp 7- 10.

[31]– للاستزادة حول هذا المعنى أنظر:

Burkard EBERLEIN, « L'Etat régulateur en Europe » , Revue française de science politique », 49e année , N°2, 1999, p.208.

[263] – ألان سوبيو، الإنسان القانوني بحث في وظيفة القانون الأنثروبولوجية، ترجمة عادل بن نصر، ط1، المنظمة العربية للترجمة، بيروت، 2012، ص. 14.

[264]– المرجع نفسه، ص. 35.



يعد العلم مجهودا فكريا إبداعيا تترسخ يوما عن يوم ضرورته[265] كأداة تحرير[266]. وبعد حقبة الفصل بين العلم والتقنية التي امتدت منذ العصور القديمة[267]، حتى منتصف القرن التاسع عشر[268]، بدأت مرحلة التلاقي بينهما في أوربا مع الأفكار التي نادى بها التجاريون (Les mercantilistes)، وطبقها عمليا الوزير الفرنسي كولبير (Colbert)[269] في عهد لويس الرابع عشر (Louis XIV)، وذلك عبر التأكيد على أن تطوير الصناعات هو مصدر الثروة، وبضرورة التحكم القوي في المعلومات العلمية، وخاصة تلك التي تدخل في عملية الإنتاج. وبغض النظر عن النتائج السلبية[270]، التي أسفرت عنها السياسات التي اعتمدت آراء التجاريين، فإن هذه السياسات ركزت

---

[265] . ماكس بيروتز، ضرورة العلم: دراسات في العلم والعلماء، ترجمة وائل أناسي، د. بسام معصراني، مراجعة د. عدنان الحموي، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، ماي 1999، (سلسلة عالم المعرفة ، عدد 245)، ص. 13 وما بعدها.

[266] . محمد العربي بوقرة، العلم ضد العالم الثالث: الشركات المتعددة الجنسيات وأوهام التطور، ط1، دار الفارابي، بيروت، 1999.

[267] – مثلا في العصرين اليوناني والروماني كان هناك فصل بين الفلسفة (العلم) والممارسة التطبيقية (التقنية) التي كانت محصورة في الصناع والعبيد دلالة على دونيتها. وهذا ما عبر عنه أفلاطون (Platon)، يقول ولترب رستون: "يخبرنا أفلاطون أن قادة المدن في اليونان القديمة لم يكونوا ينظرون إلى المهندس باحترام كبير، فقد كتب يقول: "إنك تحتقره وتحتقر مهارته وتدعوه بسخرية صانع الآلات ولا تسمح لابنتك أن تتزوج ابنه، كما لا تسمح لابنك أن يتزوج ابنته".

ولترب رستون، أفول السيادة، كيف تحول ثورة المعلومات عالمنا، ترجمة سمير عزت نصار وجورج خوري، ط1، دار النسر للنشر والتوزيع، عمان، 1995.، ص. 13.

[268] . Blandine LABERCHE, La firme et l'information: innover pour conquérir, Paris, L'Harmattan, 1998, p. 19-20.

[269] . وهو J.B. COLBERT (1615-1689) ينسب إليه اعتماد سياسة حمائية بالتركيز على أفكار ونظريات التجاريين من خلال اعتماد الإجراءات التالية:
. إقامة الدولة بعض المشروعات الصناعية بغرض تحسين الإنتاج.
. المجيء بالصناع الأجانب إلى فرنسا.
. اتخاذ الإجراءات الحمائية للحد من الواردات التي تنافس المنتوجات الوطنية ...
. تأسيس أكاديمية العلوم (1666).
. إحداث المعهد (Le conservatoire) (1667).

[270] . تمثلت هذه النتائج السلبية فيما يلي:

1) زيادة التنافس ذي الطابع العدائي بين الدول والحيلولة دون الاعتماد على التعاون الذي كان من شأنه أن يؤدي إلى نتائج أحسن.

2) أدت هذه السياسات في بعض الدول (فرنسا) إلى الإبقاء على أثمان المنتجات الزراعية منخفضة مما نتج عنه انخفاض دخول المزارعين

على أن تطوير الصناعات-تطبيقات للعلم - يسمح بتقوية الدولة، ومن تجلياتها ظهور التشريعات الأولى المتعلقة بالملكية الصناعية(مثال التشريعات المتعلقة بالبراءات (Les brevets))، وذلك لحماية الابتكارات ضد التقليد، فمنحت أول براءة اختراع في العام 1551 بفرنسا[271]، واستمرت هذه التدابير إلى اليوم في سياق الصراع بين الدول الصناعية الكبرى مكرسة ما اصطلح عليه ب"ميركانتيلية في ثوب جديد"[272].

واليوم لا يمكن فصل العلم عن التقنية، أو ما يعبر عنه بالتقدم العلمي، وهو ما عكسه إعلان تريست حول العلم والتكنولوجيا كأداة لتنمية الجنوب، في تحديده لأربعة ميادين للعلم والتكنولوجيا، وهي[273]:

1. العلوم الأساسية، وتتفرع عنها خمسة تخصصات فرعية: الفيزياء والكيمياء والرياضيات والبيولوجيا والعلوم الطبية الأساسية.

2 . العلوم التطبيقية، هناك خمسة ميادين يمكن أن تطبق فيها: الزراعة والصيدلة والصحة والطاقة والبيئة والتلوث وعلوم الأرض.

3 . التقنيات التقليدية، وتضم خمسة ميادين: مجموع المنتوجات الكيمائية والصناعة الحديدية واستخراج المعادن بصفة عامة والصناعة التركيبية في الصناعات المحلية: صناعة السيارات مثلا، والتقنيات البترولية والطاقة الكهربائية، وهي تشكل الميدان التقليدي للصناعة والمهارات، وهي المجالات التي برزت فيها البلدان في طريق النمو.

---

3) الإضرار بمصالح المستعمرات. سيدمو محمد العربي، علم الاقتصاد، طبعة أولى، مراكش، مطبعة الكتبية، 1992، ص. 39.

[271]. Blandine LABERCHE, op. cit, p. 30. .

[272] . لورا أندرياثايسون، من يسحق من؟ الصراع التجاري في صناعات التكنولوجيا العالمية، ترجمة عبد الحميد محبوب؛ ط1، الدار الدولية للنشر والتوزيع، القاهرة،1997 ، ص. 22.

[273] . Voir, «La déclaration de Triste sur la science et la technologie: instrument du développement du Sud», Cité in Pr Mohamed ABDUS SALAM, Science technologie et éducation pour le développement du sud, 1ère édition, Rabat, Toubkal, 1990, p. 3-11.

4. التقنيات الريادية، وتضم: الأجهزة الجديدة (الأجهزة المركبة ...) وعلوم الاتصال وتضم الإلكترونيات الدقيقة (البرمجيات..) والضوئيات (الليزر، الألياف البصرية) وعلوم الفضاء والمنتوجات الصيدلية والتكنولوجيا الحيوية.

ومن جهة أخرى ينشر معهد ماساسوتش للتكنولوجيا (Massachusetts Institute of Technology) كل سنة - منذ العام 2001 وآخرها 2021- لائحة تضم عشر تقنيات يطلق علها " تقنيات المستقبل"[274] .

وقد أسفر هذا التطور عن ظهور"التقنيات الر ائدة"، وهي مجموعة من التقنيات الجديدة التي تستفيد من الرقمنة والاتصال، وهي: الذكاء الصناعي و إنترنت الأشياء والبيانات الضخمة وتقنية الكتل المتسلسلة وشبكة الجيل الخامس والطباعة الثلاثية الأبعاد والإنسان الآلي والطائرات بلا طيار والتعديل الوراثي وتكنولوجيا النانو والطاقة الفلطاضوئية الشمسية. وتحتكر الولايات المتحدة الأمريكية والصين 30 إلى 70 في المائة من براءات الاختراع والمنشورات في هذه التقنيات[275].

إشكالية الدراسة وخطتها

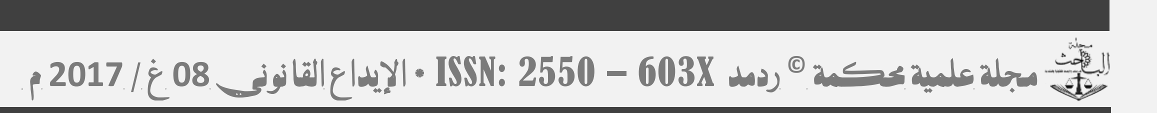
ستحاول الدراسة الإجابة عن إشكالية أساسية وهي: ما طبيعة العلاقة بين القانون الوضعي والتقدم العلمي؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية ثلاثة أسئلة: أولا: كيف يحمي القانون المجتمع والأفراد من سلبيات التطور العلمي؟ وثانيا: كيف يحمي القانون الوضعي التقدم العلمي؟ وثالثا هل يمكن للتقدم العلمي أن يستقل عن القانون بمعناه الضبطي والتقييدي لحساب الأخلاقيات والحريات؟

---

274 – Massachusetts Institute of Technology ,MIT Technology Review, Disponible sur https://www.technologyreview.com/10-breakthrough-technologies/2020/#digital-money
Consulté le 24/10/2022.

275 – United Nations, Technology and innovation report 2021, Catching technological waves innovation with equity, United Nations Publications, New York, 2021, p-xvii.



وذلك من خلال محاولة الاستدلال على الفرضيات الآتية:

الفرضية الأولى: تلجأ الدول (فرادى أو في إطار التعاون فيما بينها) إلى القانون الوضعي لضبط نتائج التقدم العلمي والتحكم فيها حماية للمجتمعات والأفراد.

الفرضية الثانية: التقدم العلمي، كاجتهاد و ابتكار بشريين، يحتاج للحماية مما من شأنه التشجيع عليه وحماية حقوق المبتكرين والشركات والجامعات ومراكز الأبحاث، مما يرسخ الوظيفة الحمائية للقانون الوضعي للابتكار.

الفرضية الثالثة: ارتباط القانون الوضعي بالإكراه والزجر من شأنه عرقلة التقدم العلمي مما دفع بالعديد من الفاعلين، باحثين ومنظمات غير حكومية وجامعات ودول، للمناداة باللجوء إلى أخلاقيات الضمير الفردي وتشجيع الحرية لتشجيع التقدم العلمي.

وعليه، ستحاول الدراسة الاستدلال على هذه الفرضيات بالاستفادة من الإمكانات التي يقدمها المنهج الجدلي، انطلاقا مما قاله أفلاطون: " إن الأشياء التي لا تدفع العقل إلى التفكير هي تلك التي لا تولد فينا تأثيرين متناقضين في الوقت الواحد، أما إذا ولدت تأثيرين متناقضين لكانت تبعث على التفكير"[276]؛ ويتميز "بعدم ترك الفرضيات التي يستخدمها دون أن يناقشها أو يبررها "[277]. عبر عرض حجج كل دعوى من هذه الدعاوى وفقا للخطة الآتية:

المبحث الأول: القانون الوضعي والتقدم العلمي: بين حماية المجتمع والأفراد وحماية الابتكار.

أولا: القانون الوضعي وحماية المجتمع والأفراد.

ثانيا: القانون الوضعي في خدمة التطور العلمي: حماية الابتكار.

المبحث الثاني: تقدم العلم بعيدا عن القانون الوضعي: الحريات والأخلاقيات في خدمة التقدم العلمي.

أولا: البحث العلمي والحريات: العلوم الحرة والولوج المفتوح والمصدر المفتوح

---

[276]– أفلاطون، جمهورية أفلاطون، ترجمة فؤاد زكريا، راجعها على الأصل اليوناني الدكتور محمد سليم سالم، دون تاريخ، ص. 258.

[277]– المرجع نفسه، ص. 273.



ثانيا- أخلاقيات البحث العلمي

المبحث الأول: القانون الوضعي والتقدم العلمي: بين حماية المجتمع والأفراد وحماية الابتكار.

أسفر التقدم العلمي عن بزوغ الطابع التطوري للقانون واندماجه الفوري في المعطى الاجتماعي كقانون "تكيفي" («adaptatif») باللغة الفرنسية أو "سريع الاستجابة" («responsive») باللغة الإنجليزية[278]؛ فقد فرض عليه التكيف بالضرورة مع هذه التحولات إذا كان يريد أن يحافظ على قبضته على الجانب الكامل من العلاقات الاجتماعية التي تتطور في عدم مادية الشبكات والاتصالات عن بعد[279]. فالقانون "لا ينتج أو يستهلك المعلومات فحسب، بل يبنيها وينظمها ويضبطها"[280]، وهنا تبرز الوظيفتان الضبطية والحمائية للقانون الوضعي، من جهة لحماية المجتمع والأفراد من سلبيات التقدم العلمي (أولا)، ومن جهة أخرى لحماية الابتكار(ثانيا).

أولا: القانون الوضعي وحماية المجتمع والأفراد

نتج عن التقدم العلمي استعمالات سلبية وضارة لنتائجه، مما فرض الحاجة إلى القانون الوضعي لضبط هذه الاستعمالات حماية للمجتمع، عبر توفير الأمن (1)، وحماية الحياة الخاصة والمعطيات الشخصية للأفراد(2).

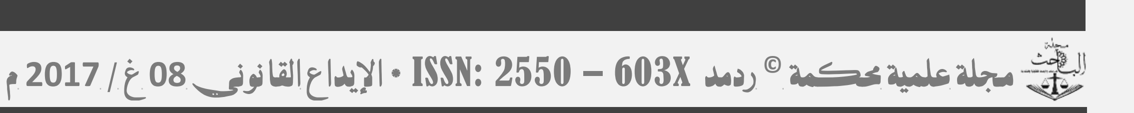
1- الحماية من الجريمة المعلوماتية

---

278 – Françoise MANIET, « L'encadrement juridique des nanotechnologies au canada et dans l'Union européenne », Mémoire présenté comme exigence partielle de la maitrise en sciences de l'environnement, Université du Québec à Montréal, septembre 2010, p.9.

279 – William DROSS, « L'encadrement des technologies par le Droit : nécessité et sources de changements », Revue du notariat, Volume 106, N° 3, décembre 2004, p.343.

280 – Pierre TRUDEL, « Quel droit et quelle régulation dans le cyberespace ? », Sociologie et sociétés , Volume 32, N° 2, automne 2000, p.190.



تُشِيرُ التقديرات إلى أن الخسائر النقدية العالمية المباشرة الناجمة عن الجرائم الإلكترونية في عام 2020 قد تضاعفت تقريبًا من 522.5 مليار دولار في 2018 إلى 945 مليار دولار، تمثل مجتمعة ما يقرب من 1.3٪ من الناتج المحلي الإجمالي العالمي. مما يجعل الكلف العالمية الإجمالية لعام 2020 بنحو 4 تريليونات دولار أمريكي، أو ما يقرب من 4٪ من الناتج المحلي الإجمالي العالمي. وتشير هذه التقديرات إلى أن 70٪ من الحوادث الأمنية في عام 2020 كانت بدوافع مالية وأن الجريمة المنظمة كانت وراء 80٪ من خروقات البيانات[281].

عرف خبراء منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية "الجريمة ذات الصلة بالحاسوب" بأنها "أي سلوك غير مشروع، غير أخلاقي أو غير مرخص به ويشمل الإرسال أو معالجة المعطيات"[282].

وخصصت اتفاقية المجلس الأوروبي الخاصة بالإجرام السيبيري[283] قسما خاصا ب "القانون الجنائي الأساسي" حددت فيه الجرائم في أربعة أنواع:

- الجرائم التي تمس سرية، أو أمن وسلامة وتوافر بيانات الحاسوب ومنظومته؛

- الجرائم المتعلقة بالحاسوب (التزوير، التدليس)؛

- الجرائم المتعلقة بالرغبة الاشباعية (الجرائم المتعلقة بالأعمال الإباحية وصور الأطفال الفاضحة (La pédophilie))؛

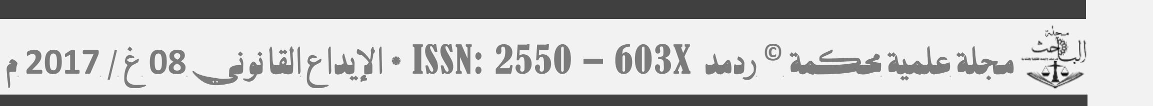
281– حول هذه التقديرات وغيرها من الإحصائيات أحيل إلى:

L'UN Capital Development Fund, Le rôle de la cybersécurité et de la sécurité des données dans l'économie numérique, UNCDF | Policy Accelerator, Février 2022, pp.4-5.

282– الاتحاد الدولي للاتصالات، مكتب تنمية الاتصالات، دليل الأمن السيبيراني للبلدان النامية، طبع في سويسرا جنيف، 2006، ص. 27.

283– بودابست 2001/11/23 دخلت حيز التنفيذ في يوليو 2004 تهم الاتفاقية الدول الأعضاء بالمجلس الأوروبي وغيرها من الدول الأخرى الموقعة على هذه الاتفاقية الخاصة بالإجرام السيبيري : الولايات المتحدة الأمريكية، اليابان، كندا، جنوب إفريقيا، المغرب...) مجلس أوروبا، مجموعة المعاهدات الأوروبية – رقم ١٨٥، الاتفاقية المتعلقة بالجريمة الإلكترونية ، بودابست2001/11/23،

https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/libe/dv/7_conv_budapest_/7_conv_budapest_fr.pdf



- الجرائم المتعلقة بالانتهاكات الخاصة بحقوق الطبع والنشر والحقوق المتعلقة بها.

وأكدت الاتفاقية على أنه ينبغي على كل دولة أن تعتمد التدابير التشريعية وغيرها من التدابير الضرورية لفرض ولايتها القضائية على هذه المخالفات، وعليها العمل من أجل وضع قواعد التعاون الدولي المتصلة بتسليم المجرمين؛ والمساعدة المتبادلة لأغراض التحقيق؛ والإجراءات الخاصة بالأعمال الجنائية ذات الصلة بنظم الحاسوب والبيانات؛ وجمع القرائن الإلكترونية للعلم الإجرامي.

وعلى المستوى الإجرائي تدعو الاتفاقية إلى خلق شبكة مساعدة متبادلة: متوافرة على مدار 24 ساعة / 7 أيام في الأسبوع؛ وذات مراكز اتصال وطنية بمساعدة فورية في حالة وقوع المخالفات[284].

ومن جهتها دعت الجمعية العامة للأمم المتحدة، في قرار رقم 211/64 بتاريخ 17 مارس 2010 (الدورة الرابعة والستون)[285]، إلى إرساء ثقافة عالمية تكفل أمن الفضاء الإلكتروني وتقييم الجهود الوطنية الرامية إلى حماية الهياكل الأساسية الحيوية للمعلومات، ولهذا الغرض وضعت تحت تصرف الدول " أداة التقييم الذاتي الطوعي للجهود الوطنية الرامية إلى حماية الهياكل الأساسية الحيوية للمعلومات، ومن بين محتوياتها تحديد أدوار أصحاب المصلحة ومسؤولياتهم في وضع السياسات والقيام بالعمليات ذات الصلة مع ملاحظة ما إذا كان المستعمل العادي للإنترنت يمكنه الحصول على التدريب الأساسي في مجال تجنب الأخطار على شبكة الإنترنت وما إذا كانت هناك حملة وطنية للتوعية بأمن الفضاء الإلكتروني.

تبين المقتضيات السالفة أهمية القانون[286]، خاصة بوجود قوة زجرية تراقب المخالفين، عبر إحداث شرطة خاصة. وعمليا اعتمدت 114 حكومة وطنية على الأقل استراتيجيات للأمن

284– للاستزادة أحيل بالخصوص إلى: الاتحاد الدولي للاتصالات، مكتب تنمية الاتصالات، دليل الأمن السيبراني للبلدان النامية، طبع في سويسرا جنيف، 2006، ص. 21.

285– الجمعية العامة للأمم المتحدة، (الدورة الرابعة والستون)، قرار رقم 211/64 – إرساء ثقافة عالمية تكفل أمن الفضاء الإلكتروني وتقييم الجهود الوطنية الرامية إلى حماية الهياكل الأساسية الحيوية للمعلومات، A/RES/64/211.

286 . –Olivier COURSON, «Les nouvelles technologies de l’information et de la communication: un regard du droit» , Cahiers français,N°288, octobre–décembre, 1998, p. 101–102.

السيبراني و118 أنشأت فرقًا وطنية للاستجابة لحوادث أمن الحاسوب، وأنشأت العديد منها وكالات للأمن السيبراني، وأنشأت دول أخرى فرق الاستجابة لحوادث أمن الكمبيوتر (Computer Security Incident Response Team)(CSIRT)[287].

لهذا عملت الدول على تحديث قوانينها الجنائية وتكييفها وتعزيز إنفاذ القانون لمعاقبة كل ما من شأنه عرقلة خدمات الاتصالات[288].

وبهذا وضعت الدول استراتيجيات تراكمية واضحة لتوقع التهديدات السيبرانية من خلال الدفاع السيبراني وقمع الجرائم الإلكترونية من خلال التجريم الجنائي باسم حماية السيادة الوطنية؛ حيث إن الفائزين في هذه الحرب الإلكترونية هم الدول التي عرفت كيف تكون سريعة الحركة في بناء استراتيجيتها، والتي بنت نظامًا قانونيًا قابلًا للتكيف مع تعدد أشكال التهديدات[289]. فكيف تعاملت الدول من أجل حماية المعطيات الشخصية والحياة الخاصة؟

2- حماية المعطيات الخاصة والحياة الشخصية

تبرز أهمية حماية المعطيات الشخصية، أو البيانات الشخصية، في وقت تنتشر فيه ظاهرة جمع هذه المعطيات عبر قواعد معطيات تتخذ من شبكة الإنترنيت وسيلة لاستعمالها لأغراض عادية نسبيًا، مثل تحسين المنتجات أو تخصيص الخدمات، إلا أنها يمكن أن تخدم أيضًا أغراضًا

---

287 – L'UN Capital Development Fund, op.cit, p.4.

288– مثال القانون المغربي: قانون رقم 96-24 المتعلق بالبريد والمواصلات، الذي يفرد بابا خاصا لتحديد المخالفات والعقوبات الزجرية (الباب الخامس)، أنظر ظهير شريف رقم 1-97-162 صادر في 2 ربيع الآخر 1418 (7 غشت 1997) بتنفيذ القانون رقم 96-24 المتعلق بالبريد والمواصلات، الجريدة الرسمية العدد 4518، 18 شتنبر 1997، ص 3721 وما بعدها.

289 – Anne CAMMILLERI, « Gagner la guerre du futur : considérations juridiques et éthiques sur l'intelligence artificielle », Les Cahiers de propriété intellectuelle, Vol. 30, N° 3, 2018, p.771.

ضارة[290]، حيث أعرب العديد من المؤلفين عن مخاوفهم فيما يتعلق بمخاطر التحيز والتنميط والتمييز والتلاعب بالآراء أو السلوكيات الناتجة عن هذه المعرفة[291].

وبصدد تنظيم هذه العملية وضبطها برز الخلاف بين الولايات المتحدة الأمريكية المدافعة عن الحرية المطلقة للمرتبطين بالشبكة للوصول إلى جميع المعطيات التي يرغبون فيها، ولو كانت من صميم الحياة الخاصة، من جهة، والاتحاد الأوروبي المناصر لمبدإ الرقابة عبر القانون استنادا إلى نصوص قانونية قديمة مثال قانون "المعلوماتية والحريات" الصادر سنة 1978[292]، من جهة أخرى. وصولا إلى اتفاقية حماية الأفراد فيما يتعلق بالمعالجة الآلية للبيانات الشخصية ("الاتفاقية 108") وبروتوكولها الإضافي في 2018 ("الاتفاقية 108+")، والتي حددت المعايير الدولية التي تضمن للأفراد الحق في احترام الحياة الخاصة وحماية البيانات الشخصية، وعلى وجه الخصوص: الحق في أن يكونوا على دراية بمعالجة بياناتهم الشخصية وأغراضها، فضلاً عن حق التصحيح عند معالجة البيانات بما يتعارض مع أحكام الاتفاقية، وأضاف

---

[290]– مثلا في دراسة لكل Michal Kosinski, David Stillwell et Thore Greapel تمكن هؤلاء من إثبات أن البيانات الأولية التي تبدو عادية نسبيًا ، مثل "الإعجابات" على Facebook ، أدت لإنشاء مجموعة واسعة من السمات الشخصية التي لم يشاركها المستخدمين أو يفصحون عنها بالضرورة ، والتي قد يعتبرونها خاصة أو سرية، وذلك من خلال تحليل "الإعجابات" لـ 58000 متطوع باستخدام تقنيات التعلم الآلي ، عبرها تمكنت الدراسة من التنبؤ بدرجة عالية من الدقة بسمات شخصية معينة مثل الجنس والعمر والعرق والانتماء الديني والحساسيات السياسية واستخدام المواد المسببة للإدمان، وانفصال الوالدين(...).

Michal KOSINSKI, David STILLWELL, Thore GRAEPEL, “Private traits and attributes are predictable from digital records of human behaviour”, Proc Natl Acad Sci U S A (PNAS), April 9, 2013 , vol. 110 ,N° 15, p. 5802.

[291] – Pierre-Luc DEZIEL, « Les limites du droit à la vie privée à l’ère de l’intelligence artificielle : groupes algorithmiques, contrôle individuel et cycle de traitement de l’information », Les Cahiers de propriété intellectuelle, Vol. 30, N° 3, 2018, p.836 .

[292] . –Joël BOYER, «L’Internet et la protection des données personnelles et de la vie privée», Cahiers français, N°295, op. cit, p. 74.



البروتوكول المعدل مبادئ جديدة مثل الشفافية (المادة 8) والتناسب (المادة 5) والمساءلة (المادة 10) وتقييمات الأثر(المادة 10) واحترام الخصوصية حسب التصميم (المادة 10)[293].

وفي سياق المبادرات الدولية للحد من خطورة الاستعمال غير المشروع للمعطيات الشخصية على الحياة الخاصة اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة ' المبادئ التوجيهية لتنظيم ملفات البيانات الشخصية المعدة بالحاسبات الإلكترونية " (القراررقم45/ 95 (في 14 دجنبر1990)، مؤكدة على " ضمانات الحد الأدنى التي يجب تضمينها في التشريعات الوطنية "، وخاصة مبادئ المشروعية والنزاهة وعدم التمييز.

وعلى مستوى التشريعات الوطنية عملت هذه الأخيرة من أجل ضمان حماية قانونية باعترافها للأفراد الذاتيين بمجموعة من الحقوق. وفي هذا الصدد تبرز الحالة المغربية_في القانون رقم 09.08 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخص[294]، فبعد تأكيده على أهمية المعلوميات، وتعريفه لبعض المفاهيم الواردة في متنه، عرض لأهم حقوق الشخص المعني بالحماية التي يقع الالتزام بها على عاتق المسؤول عن المعالجة أو من يمثله[295].

---

293 – Conseil de l’Europe, Un cadre juridique pour les système d’intelligence artificielle, Étude du Conseil de l’Europe DGI (2021)04 ,Adopté par le CAHAI lors de sa 3e réunion plénière, le 17 décembre 2020, Conseil de l’Europe, mai 2021, p. 16 .

294 – ظهير شريف رقم 1.09.15 صادر في 22 من صفر 1430(18 فبراير 2009) بتنفيذ القانون رقم 09.08 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي جريدة رسمية عدد 5711 بتاريخ 27 صفر 1430 (23 فبراير 2009).

295– هذه الحقوق هي: –الحق في الإخبار أثناء تجميع المعطيات (المادة 5)؛ الحق في الولوج (المادة 7)؛ الحق في التصحيح (المادة 8)؛ الحق في التعرض على القيام بمعالجة معطيات تخصه(المادة 9)؛ منع الاستقراء المباشر(المادة 10) دون الرضا المسبق : يعد استقراء مباشرا إرسال أية رسالة موجهة للترويج المباشر أو غير المباشر لسلع أو خدمات أو بسمعة شخص يبيع سلعا أو يقدم خدمات؛ وانعدام الآثار القانونية تجاه شخص من الأشخاص التي يمكن أن يتخذ فقط بناء على معالجة آلية لمعطيات يكون الغرض منها تحديد صفات الشخص المعني أو تقييم بعض جوانب شخصيته (سواء تعلق الأمر بأحكام قضائية أو أي قرارات) (المادة 11). وتتعلق هذه الالتزامات ب: التصريح المسبق (يودع لدى اللجنة الوطنية) (المادة 12)؛ الإذن المسبق (المادة 21)؛ والالتزام بسرية وسلامة المعالجات والسر المهني (المادة 23).

نخلص إلى أن الدول ذات السيادة استطاعت التكيف مع نتائج التقدم العلمي، فوظفت الآلية التشريعية لضمان أمن مجتمعاتها، وضمان حقوق موطنيها. فكيف تعاملت لحماية الابتكارمن القرصنة والتزييف والسرقة؟

ثانيا: القانون الوضعي في خدمة التطورالعلمي: حماية الابتكار

ترتبط حماية الملكية الفكرية بالأهمية التي أصبحت للإنتاجيات ذات القيمة الفكرية المضافة[296]، وهي: البرمجيات والخدمات المعلوماتية المتخصصة والمنتجات الثقافية والمنوعات ومنتجات التكنولوجيا الحيوية. وبطابعها اللامادي تسهل سرقتها وقرصنتها، ونظرا لخطورة الظاهرة انخرطت أغلب الدول، إلى جانب منظمة التجارة العالمية، والمنظمة العالمية للملكية الفكرية، في وضع التشريعات التي من شأنها الحد من قرصنة الإبداعات الفكرية في مختلف أشكالها (برامج الحاسوب وقواعد المعطيات والتسجيلات الصوتية وبرامج تقنيات البث الإذاعي")[297].

وتتسم الملكية الفكرية (بنوعيها الملكية الصناعية والملكية الأدبية والفنية) بتعدد فروع القانون التي تضمن لها الحماية[298]. وتم الاعتراف لأول مرة بأهمية حماية الملكية الفكرية في اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية لعام 1883 (اتفاقية باريس) وفي اتفاقية برن لحماية

[296] –Mireille BUYDENS, «Les dérives de la propriété intellectuelle», le Courrier de l'UNESCO, septembre 1999, p. 37.

[297] . –Isabelle DELAMERTEREE, «L'Internet et la propriété intellectuelle», Cahiers français, op. cit, p. 82.

[298]– وهي أساسا:

- قانون العلامة التجارية؛
- قانون حقوق المؤلف؛
- قانون براءات الاختراع؛
- قانون التصميم والنموذج؛
- القانون الذي يحمي الأصناف النباتية؛
- القانون بشأن طوبوغرافيات أشباه المواصلات؛
- قانون الشعارات العمومية
- قانون المنافسة غير المشروعة.

المصنفات الأدبية والفنية لعام 1886 (اتفاقية برن). واعتمدت البلدان بشكل عام تشريعات الملكية الفكرية لسببين[299]:

-إعطاء الشكل القانوني لحقوق المبدعين والمبتكرين على أعمالهم و ابتكاراتهم، مع مراعاة المصلحة العامة من حيث الوصول إلى هذه المصنفات والابتكارات؛

-وتعزيز الإبداع والابتكاروبالتالي المساهمة في التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

وبصدد هذه الأنواع من الحماية تبرز الحماية ببراءة الاختراع (الملكية الصناعية) وبحق المؤلف (الملكية الأدبية والفنية).

1-حماية الابتكارببراءة الاختراع

عرفت العصور الوسطى التشريعات الأولى المتعلقة بالملكية الصناعية، وذلك لحماية الابتكارات ضد التقليد، عبر تطوير التشريعات المتعلقة بالبراءات (Les brevets)، وتعرف طلبات البراءات ارتفاعا ملحوظا اليوم فقد ازدادت الطلبات المقدمة إلى المنظمة العالمية للملكية الفكرية[300] من ثلاثة آلاف (3000) سنة 1979 إلى أزيد من أربعة وخمسين ألف (54.000) سنة 1997، وتتركز أهمها في البلدان الصناعية حيث تصل النسبة إلى 97 في المائة[301].

تؤكد بعض الدراسات على أن البراءات ليست غاية في حد ذاتها ولكنها وسيلة لتشجيع الابتكار؛ فهي ليست حقًا طبيعيًا و إنما امتياز خلقه المجتمع لصالح المبتكرين، الذين تشكل اختراعاتهم محرك التقدم التقني وتطور المجتمع[302]. وحجتهم للتبرير النفعي لها أنه بما أن المبتكر يتحمل نفقات البحث والتطوير فعليه أن يستفيد في المقابل من ميزة كونه الأول في السوق

---

[299]– Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, Comprendre la propriété industrielle, OMPI, Genève, 2016, p.3.

[300] . أحيل بالخصوص إلى موقع المنظمة على الشبكة العنكبوتية: http://www.ompi.int

[301] . PNUD, Rapport mondial sur le développement humain, De Boeck & larcier s.a, Paris 1999, Bruxelles, p. 67

Disponible sur : https://hdr.undp.org/system/files/documents/hdr1999frcompletpdf.pdf

[302] – Nikolaus THUMM, Les brevets: incitation ou frein à la recherche?, La Vie économique Revue de politique économique , N°7/8,2006, p.18.

(كحالة احتكار مؤقت)؛ فدون الحماية القانونية فإن المصنعين الآخرين (المقلدين) دون أن ينفقوا شيئا سوف ينافسونه[303].

وإذا كانت الرؤية التقليدية تعتبر براءة الاختراع مجرد أداة استبعاد[304]؛ تمكن صاحبها من حماية نفسه من التقليد، من أجل جعل استثماراته الأولية مربحة، باستبعاد المقلدين المحتملين والاستفادة من ريع الاحتكار المؤقت. ومع ذلك، فإن غالبية الدراسات الامبريقية تظهر أنه باستثناء بعض المجالات المحددة مثل الصيدلة، فإن هذه الرؤية لبراءة الاختراع اختزالية للغاية[305]. لكن، على خلاف هذه الرؤية، فإن براءة الاختراع هي أداة استراتيجية متعددة الأوجه[306] تستخدمها الشركات كعنصر أساسي في عملية تبادل المعرفة في السوق[307].

وكحجة للدفاع عن ضرورة براءات الاختراع تشير بعض الدراسات إلى أنه في عام 1996، أنفقت الشركات الأمريكية ما يقرب من 120 مليار دولار على البحث والتطوير، ويرجع ذلك في جزء كبير منه إلى توقع تخصيص جزء كبير من العائد لتحفيز البحث والتنمية. ومنذ قانون **Bayh-Dole Act** (المعروف ب **The Patent and Trademark Law Amendments Act**) (للعام 1980 والتشريعات اللاحقة عليه) تم توسيع لائحة من يمكنه الاستفادة من براءة الاختراع ،

---

[303] – Ibid, p.19.

[304] – دافع عن هده الرؤية الاقتصادي الأمريكي Kenneth Joseph Arrow (1921–2017) في دراسة تحت عنوان:

Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention (pp. 609–626)

ضمن المؤلف الجماعي:

The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors, Princeton University Press, 1962.

[305] – Julien PENIN, « Le problème des « ¨Patent Trolls » : Comment limiter la spéculation sur la propriété intellectuelle dans une économie fondée dur les connaissances ? », Innovations, N°32, 2010/2, p.35.

[306] – دافع عن هده الرؤية كل من الاقتصادي Patrick Cohendet و Matthieu Farcot و Julien Pénin في :

COHENDET, P., FARCOT, M., PENIN, J, « Entre incitation et coordination : Repenser le rôle du brevet d'invention dans une économie fondée sur la connaissance », Management International, N° 10., 2006,pp. 65–84.

[307] – Julien PENIN, op.cit, p.36.

لتشمل من يجرون البحوث بأموال عامة ، بما في ذلك الجامعات والمختبرات الحكومية. كما يجري تعزيزوتوسيع مماثل في براءات الاختراع في اليابان وأوروبا[308].

لكن، ليست كل الاختراعات قابلة للحماية بل يتطلب قانون براءات الاختراع (منح البراءة من قبل دولة أو مكتب إقليمي يعمل نيابة عن عدة دول) أن يفي هذا الأخير بمعايير أو شروط الأهلية لبراءة الاختراع، وهي[309]:

-موضوع براءات الاختراع: يجب أن يندرج الاختراع ضمن نطاق موضوع الحماية في القانون الوطني(مع وجود استثناءات تضعها التشريعات الوطنية، وكمثال أي اختراع يُستثنى استغلاله تجاريًا بموجب النظام العام أو الأخلاق أو الصحة العامة)؛

-إمكانية التطبيق الصناعي (المنفعة): يجب أن يكون للاختراع منفعة عملية أو أن يكون قادرًا على تقديم شكل من أشكال التطبيق الصناعي؛

- الجدة: يجب أن يشتمل الاختراع على خاصية جديدة كحل جديد لمشاكل تقنية. قد تكون المشكلة جديدة أو قديمة، لكن يجب أن يكون الحل، الذي يعتبر اختراعًا، جديدًا. إن مجرد اكتشاف شيء موجود بالفعل في الطبيعة لا يشكل بالضرورة اختراعًا؛

-نشاط ابتكاري : يجب أن يتضمن الاختراع نشاطا ابتكاريا، أي يجب ألا يكون واضحًا لشخص لديه معرفة متوسطة بالمجال التقني المعني ((عدم وضوح(non-évidence)).)؛

-الإفصاح/ إفشاء عن الاختراع : يجب الكشف عن الاختراع بشكل واضح وكامل في طلب براءة الاختراع حتى يتمكن شخص ماهر في المجال (شخص ماهر في المجال التكنولوجي المعني) من تنفيذه.

---

308 – Wesley M. Cohen, Richard R. Nelson, John P. Walsh, Protecting their Intellectual Assets: Appropriability Conditions and Why US Manufacturing Firms Patent (or not), NBER WORKING PAPER SERIES, working paper 7552, NATIONAL BUREAU OF ECONOMIC RESEARCH, Cambridge, February 2000, p. 2.

309 – Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, Comprendre la propriété industrielle, op.cit., p.7.



ورغم وجود المنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO) (تضم في عضويتها 193 عضوا وتدير 26 معاهدة بما فيها اتفاقية الويبو)[310]، ووجود اتفاقيات دولية منذ أكثر من مائة سنة، فقد اعتبرتها الدول الصناعية غير ملزمة لتدفع بكل سلطتها لإبرام اتفاقية جديدة نتيجة ضغوط قوية مارسها رجال الأعمال والشركات المتعددة الجنسيات[311].

فكانت النتيجة اعتماد اتفاقية حماية الملكية الفكرية المتعلقة بالتجارة (TRIPS) ودخلت حيز النفاذ في 1 يناير 1995. تُلزم الاتفاقية الدول بحماية الاختراعات التكنولوجية ببراءة الاختراع لمدة عشرين عامًا على الأقل، وتشترط أن يكون الاختراع جديدًا، وأن يشتمل على نشاط ابتكاري، وأن يكون قابلاً للتطبيق الصناعي أو النافع[312].

2- حماية الابتكار بحق المؤلف

ينتمي حق المؤلف إلى طائفة الحقوق التي ترد على الأشياء غير المادية. وهو بالتالي " ظاهرة قانونية مركبة تشكل -إلى جانب باقي الحقوق الذهنية- فرعا قانونيا خاصا (Sui generis)، لا مكان له ضمن التقسيمات الرئيسية الموروثة عن القانون الروماني: حقوق عينية وشخصية والتزامات"[313].

وقد نتج عن الجدل بخصوص حماية حقوق المؤلف[314] غلبة دعوى المدافعين عن الحماية، وهو ما أكدته القوانين الدولية والوطنية:

310– المعاهدات التي تديرها الويبو،
على الرابط: https://www.wipo.int/treaties/ar/

311– عبد السلام مخلوفي، "اتفاقية حماية حقوق الملكية الفكرية المرتبطة بالتجارة TRIPS: أداة لحماية التكنولوجيا أم لاحتكارها؟"، مجلة اقتصاديات شمال أفريقيا، عدد3، 2005، ص.116-117.

312 – Nadine KEIM, « Les défis lancés par l’accord TRIPS aux pays en développement », Annuaire suisse de politique de développement, N°17 , 1998, p.66.

313– عبد الحفيظ بلقاضي، مفهوم حق المؤلف وحدود حمايته جنائيا: دراسة تحليلية نقدية، ط1، دار الأمان، الرباط، 1997، ص. 23 و24

314– أحيل مثلا إلى الجدل حول اعتبار برامج الحاسوب مصنفات أدبية (الأهلية للحماية بحق المؤلف):
– الاتجاه الرافض للحماية:



أ-اتفاقية الويبو بشأن حق المؤلف (20 دجنبر 1996): منحت المؤلف حقوقا حصرية، كإتاحة النسخة الأصلية أو غيرها من نسخ مصنفاته للجمهور ببيعها أو نقل ملكيتها بطريقة أخرى (حق التوزيع المادة 6)؛ وتأجير النسخة الأصلية أو غيرها من نسخ مصنفاته للجمهور لأغراض تجارية(حق التأجير المادة 7)؛ ونقل المصنف إلى الجمهور بأي طريقة سلكية أو لا سلكية(المادة 8)[315].

-اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية (وثيقة باريس 1971 المعدلة في 1979): بغض النظر عن الحقوق المالية للمؤلف، بل وحتى بعد انتقال هذه الحقوق، يحتفظ المؤلف بالحقوق المعنوية كالحق في المطالبة بنسبة المصنف إليه؛ والحق في الاعتراض على كل تحريف

1- حماية حق المؤلف غير منطقية في برامج الحاسوب بسبب تجردها عن طابع جمالي: التأكيد على أن برنامج الحاسوب ذو طابع تقني خالص ولا يتعدى كونه أداة لتشغيل إحدى الآلات# الحس الجمالي (الفقيه السويسري: TROLLER).

2- عدم توافر برنامج الحاسوب على مقومات المصنف لأنه لا يدرك من خلال الحواس: BETTEN

3- وظيفة برنامج الحاسوب تستبعد كل ابتكار لأنه ليس إلا نظاما ذا طابع مجرد: صعوبة إضفاء الطابع الشخصي على المبرمج.

- الاتجاه المؤيد للحماية:

1- من غير المقبول رفض الحماية لمصنف ما لمجرد كونه صادر ليس عن" انشغال جمالي"و إنما عن" اهتمامات نفعية": محكمة النقض الفرنسية : " تمتد الحماية القانونية إلى كل مصنف ناشئ عن خلق ذهني مبتكر بمعزل عن كل اعتبار جمالي أو فني"(قرار صادر في 15 ابريل 1982).

2- فيما يخص عدم إدراك برنامج الحاسوب من خلال الحواس، حسب محكمة باريس: إذا كان من الثابت أن البرنامج لا يمكن إدراكه مباشرة بواسطة حاسة السمع أو البصر فإن بالإمكان الاستعانة على ذلك بواسطة الآلة كما هو الشأن بالنسبة للمصنف السينمائي"(قرار صادر في 21 /1983/9).

3- عدم وجود تنافر بين الطبيعة الذاتية لهذا المصنف الجديد وبين خاصية الابتكار: محكمة الاستئناف بكيبك قضت باعتبار أحد برامج الحاسوب مصنفا مبتكرا طالما كان مت الثابت أنه ليس منقولا عن نص آخر".

أنظر،

عبد الحفيظ بلقاضي، مرجع سابق، ص. 24

[315] -Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur(WCT) (1996), GENEVE1997,

Disponible sur : https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/wipo_pub_226.pdf

أو تشويه أو أي تعديل آخر لهذا المصنف أو كل مساس آخر بذات المصنف يكون ضارا بشرفه أو سمعته.

ج- وعلى مستوى التشريعات الوطنية في عام 1710، سن البرلمان البريطاني أول قانون لحقوق التأليف والنشر، وهو قانون آن(the Statute of Anne)[316]، والذي حدد الحقوق الدائمة التي يتمتع بها الناشرون بفترة 14 عامًا، وتم تحديد تعويضات التعدي في بنس(penny) واحد لكل ورقة تم العثور عليها في عهدة المخالف، نصفه يذهب للمؤلف ونصفه الآخر إلى التاج[317].

وسن الكونغرس الأمريكي أول قانون لحقوق النشر في عام 1790، وصدر أول تسجيل فيدرالي لحقوق النشر في نفس العام للمؤلف جون باري(John Barry) عن كتاب فيلادلفيا الإملائي (The Philadelphia Spelling). ومنذ هذا العام خضع القانون لمراجعات في أربع مناسبات: في 1831 و1870 و1909 و1976. وحدد الأضرار لانتهاك الأعمال المنشورة بمبلغ 50 سنتًا لكل ورقة موجودة في حوزة المخالف، نصفها للمؤلف ونصفها الآخر للحكومة الفيدرالية[318].

وفي فرنسا وضع قانون عام 1791 الأساس لحقوق التأليف والنشر الفرنسية من خلال منح المؤلفين حقًا حصريًا في أداء أعمالهم، وأعطى قانون عام 1793 المؤلفين عمومًا حقًا واسع النطاق ضد الاستنساخ غير المصرح به لأعمالهم. وفي ألمانيا صدر أول تشريع لحقوق النشر عام 1837 محددا مدة الحماية في ثلاثين عامًا بعد وفاة المؤلف[319].

---

[316]– قبل هذا القانون تؤكد بعض الدراسات على أن بدايات حقوق النشر في عالم القانون العام (إنجلترا) تعود إلى تأسيس كاكستون(Caxton's) في عام 1476 لأول مؤسسة طباعة في إنجلترا، وإلى التدابير التي بدأها التاج الإنجليزي لوضع هذه التكنولوجيا الثورية الجديدة تحت سيطرته. كان أحد الدوافع وراء لوائح التاج هو قمع انتشار الآراء المعارضة. وبحلول منتصف القرن السادس عشر، تنازل التاج فعليًا عن السيطرة الاقتصادية على نشر الكتب لشركة Stationer's Company (أعطت الشركة احتكارًا لتجارة النشر الإنجليزية).

Paul GOLDSTEIN, International Copyright: Principles, Law, and Practice, Oxford .University Press, New York,2001, p.5.

[317] – Deborah E. BOUCHOUX, Intellectual Property: The Law of Trademarks, Copyrights, Patents, and Trade Secrets, Fourth Edition, Delmar, Cengage Learning, USA, 2013, p.185.

[318] – Ibid.

[319] – Paul GOLDSTEIN, op.cit, pp.8-9.



ونتج عن حماية التشريعات الوطنية لحقوق المؤلف المادية والمعنوية ظهور تقليدين قانونيين: قانون حقوق النشر (The copyright) في عالم القانون العام(common law) بإنجلترا، حيث بدأ التقليد، والمستعمرات البريطانية السابقة، ودول الكومنولث البريطاني. وقانون حق المؤلف (Le droit auteur) المتجذر في نظام القانون المدني(civil law) ويسود في بلدان القارة الأوروبية ومستعمراتها السابقة في أمريكا اللاتينية و أفريقيا وآسيا[320].

وكل تقليد يستند إلى أساس فلسفي مختلف عن الآخر، فتقليد القانون العام يعتمد على الفرضية النفعية بتحفيز إنتاج أكبر مجموعة ممكنة من السلع الإبداعية بأقل الأسعار الممكنة؛ وعلى النقيض من ذلك، فإن تقليد القانون المدني متجذر في فلسفة الحقوق الطبيعية التي تمنح للمؤلف الحماية على سبيل الحق والعدالة[321].

وضمن هذا التقليد الثاني منح المشرع المغربي للمؤلف حقوقا معنوية(المادة 9) وأخرى مادية (المادة 10)[322].

وتسند بعض الدراسات لحق المؤلف مكانة مهمة في الاقتصاد غير المادي الذي تكون فيه الأفكار لها الأسبقية، حيث يكون الابتكار هو الذي يخلق القيمة، فمن الطبيعي أن يسعى الفاعلون إلى حماية هذه الأفكار، أو على الأقل، الفوائد الاقتصادية التي يمكن أن يجنوها منها.

---

[320] – Ibid, p.3.

[321] – Ibid, p.4.

[322]– الحقوق المعنوية (المادة 9): بصرف النظر عن الحقوق المادية وحتى في حالة تخليه عنها :

–1الحق في الأبوة: أن يطالب بانتساب مصنفه له، وبالخصوص أن يوضع اسمه على جميع نسخ هذا المصنف في حدود الإمكان و بالطريقة المألوفة ارتباطا مع كل استعمال عمومي لهذا المصنف.

–2أن يبقى اسمه مجهولا... (الاسم المستعار).

–3الحق في احترام المصنف: أن يعترض على كل تحريف أو بتر أو أي تغيير لمصنفه أو كل مس به من شأنه أن يلحق ضررا بشرفه أو بسمعته.

–الحقوق المادية (المادة 10): ويمنح صاحبه :

- إعادة نشر و استنساخ المصنف .
- ترجمة المصنف .
- إعداد اقتباسات أو تعديلات أو تحويلات .
- تأجير المصنف أو توزيعه على العموم .
- عرض أو أداء المصنف أمام الجمهور .
- إذاعة المصنف ونقله إلى الجمهور بواسطة كابل أو أية وسيلة أخرى.

مما يُضْفِي على هذا الحق الخصائص الآتية: أولها يعد حق المؤلف حقا استراتيجيا[323]؛ وثانيها "صناعة" ذات قيمة[324]؛ وثالثها آلية حجز السوق تمكن المكتشفين والمخترعين والمبدعين من تحصيل أجر مقابل استغلال ابتكارهم[325]؛ ورابعها كآلية تحفيزية للخلق والإبداع[326].

قادنا التحليل السابق إلى تأكيد أهمية القانون الوضعي ودور الدولة بوصفها المشرع المحتكر، فهي "كمصدر للقواعد "الملزمة"، وكملتزم بهذه القواعد تحتفظ بموقع مركزي بالنسبة لأي اقتصاد أو مجتمع مدول"[327]. لكن، ألا يشكل القانون الوضعي، بطابعه الإكراهي والتقييدي، عائقا أمام التقدم العلمي، مما يقود إلى البحث عن بديل للقانون الصلب ينتصر للحريات؟ ألا يمكن للعلم أن ينمو دون الخضوع لسلطة الدولة وقانونها الوطني؟

المبحث الثاني: تقدم العلم بعيدا عن القانون الوضعي: الحريات والأخلاقيات في خدمة التقدم العلمي.

اختلف المؤلفون المهتمون بالتقنيات الجديدة، وعلاقتها بالقانون بشكل عام، حول مسألة ما إذا كان اللجوء إلى المبادئ التقليدية للأنظمة القانونية كافيا، أو ما إذا كان من الضروري الاعتراف بأن هذه المبادئ غير مناسبة للفضاء السيبراني[328]. لكن القدرة الابتكارية للقانون، حتى في المجالات التي لا تكون فيها الدولة حاضرة بشكل مسبق، تتعارض بشكل مباشر

323– صنف تقرير أمريكي صناعات حق المؤلف في المرتبة الثانية بين الصناعات من حيث مساهمتها في الدخل القومي بعد قطاع الصحة.

Michel Vivant, jean-Michel Bruguière, Droit d'auteur et droits voisins , eds DALLOZ, Paris, 2e édition, 2013, pp.8-9.

324 – Ibid, pp.10-11.

325 – Ibid, p.13.

326 – Ibid, p.15.

327– بول هيرست، جراهام طومسون، ما العولمة ، الاقتصاد العالمي وإمكانات التحكم، ترجمة فاتح عبد الجبار ، الكويت، المجلس الوطني للثقافة والفنون الآداب ، شتنبر 2001 (سلسلة عالم المعرفة عدد 273)، ص. 412.

328 – Nicolas HERBAUT, François-Vivien GUIOT, « Fiabilité et sincérité des systèmes blockchain », in François Pellegrini, Actes du colloque des Convergences du Droit et du Numérique, Colloque des Convergences du Droit et du Numérique, Sep 2017, Bordeaux, France. 2019, p.7.

مع الشعور بالحرية الذي يسود في كثير من الأحيان بين مروجي الفضاء السيبراني (يدعو الفاعلون الرقميون إلى وضع لوائح من شأنها أن تكون مصدرًا للثقة الضرورية لتطوير قطاع نشاطهم)[329].

وعليه، فإن ما يميز التقدم العلمي (خاصة في أشكاله الحديثة) هو بزوغ عدة دعاوى تنتصر للحريات (أولا) وللأخلاقيات (ثانيا) ، وهو ما تبينه الحالات الآتية:

أولا: البحث العلمي والحريات: العلوم الحرة والولوج المفتوح والمصدر المفتوح

بينما يسمح بزوغ التقنيات الرقمية بتسهيل تدفق المعرفة، "يمكن أيضًا استخدامها لتقييد الثقافة والمعرفة والسيطرة عليها بطريقة لم يتسامح معها أي مجتمع حر حتى الآن"[330]. بهذه العبارة قدم Lawrence Lessig لكتاب Florent Latrive المدافع عن الثقافة الحرة والعلوم الحرة؛ ويضيف قائلا: " نحن نحمي، حقوق النشر بالطبع (...) لكننا نحافظ على التوازن مع قيمة أساسية أكثر بكثير لمجتمعاتنا، مع الاقتناع بأن المعرفة والثقافة يجب أن تنتشر على أوسع نطاق ممكن"[331].

فعلى أساس الحرية والمشاركة، ودون الخضوع لتقييدات الملكية الفكرية، جرى الدفاع عن العلوم الحرة، وعن الوصول الحر، وعن المصدر المفتوح.

1-العلوم الحرة

سبق لمنظمة التعاون والتنمية الاقتصادية تعريف العلوم الحرة أو المفتوحة بأنها "الجهود التي يبذلها الباحثون أو الحكومات أو وكالات تمويل البحوث أو الأوساط العلمية نفسها لجعل النواتج الأولية لنتائج البحوث الممولة من القطاع العام - المنشورات وبيانات البحوث - متاحة للجمهور في شكل رقمي دون أي قيود أو الحد الأدنى منها كوسيلة لتسريع البحث؛ وتهدف هذه الجهود إلى تعزيز الشفافية والتعاون وتعزيز الابتكار"[332].

329 – Ibid, p.8.

330 – Florent LATRIVE, Du bon usage de la piraterie : Culture libre, sciences ouvertes, Exils Editeur, Paris, 2004, p.9.

331 – Lawrence Lessig, op.cit.p.10.

332 – OECD Going Digital Toolkit Notes, Policy note , Open Science – Enabling Discovery in the Digital Age, OECD 2021, p.6.




وحددت مشاورة أنجزت من قبل المفوضية الأوروبية، في العام 2014، العلم المفتوح باعتباره المحرك المهيمن لمستقبل العلم، مع توقعات كبيرة بتحسين النزاهة العلمية، وارتباط أفضل بالعلم والمجتمع، وجعل العلم أكثر استجابة للتحديات المجتمعية. علاوة على ذلك، و افقت الغالبية العظمى على أن التدخل في مجال السياسات ضروري لتعميم الوصول المفتوح إلى البيانات والمنشورات[333].

وهنا يبرز مثال البحث العلمي فالغالبية العظمى من الباحثين تنشر نتائج أعمالها، بفضل تيسير شبكة الإنترنت وعلوم الحاسوب للتعاون وللنشر مما مكن من اتساع نطاق المساحات الإبداعية[334].

وينتصر دعاة العلوم المفتوحة، أو من يسميهم Florent Latrive ب"قوى الانتشار" (forces de la diffusion») – في مقابل «قوى الملكية» «forces de la propriété» - لقيم الانفتاح والتعاون وحرية الوصول، ويستندون في دعواهم هذه على عدة حجج: أولها أن عملية المشاركة مسؤولية أخلاقية وسياسية؛ وثانيها أن للبحث، العام والخاص على السواء، آليات حو افز قوية تمتد من تحقيق الربح (في القطاع الخاص) إلى الفضل الرمزي المرتبط بإبلاغ المعرفة (في القطاع العام).

وعليه، فإن مشاركة المعرفة، والاعتراف الرمزي، والتعويض العام هي التي تضمن وجود عمل الفيزيائي في المجال النظري أو المشتغل في العلوم الإنسانية، فحتى في الولايات المتحدة، حيث يتم تشجيع الجامعات على منح براءات الاختراع قدر الإمكان، لا تمثل عائدات الترخيص سوى 3,4% من ميزانيات البحث في عام 2001. وفي الوقت نفسه، واصل النظام الأكاديمي لإنتاج المعرفة المفتوحة إثبات فعاليته[335].

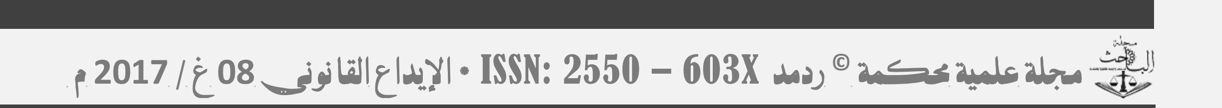
2-الوصول المفتوح (Open access)

Disponible sur : https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/81a9dcf0-en.pdf?expires=1666464877&id=id&accname=guest&checksum=4EACB41E9A6BDFC913DDA03B70947D30

333 – OECD, op.cit, p. 8.

334 – Florent Latrive, op.cit, p.74.

335 – Florent Latrive, op.cit, p.78.



يعني الوصول المفتوح حرية الوصول إلى المقالات العلمية "مما يسمح لأي شخص بقراءة النص الكامل أو تنزيله أو نسخه أو إرساله أو طباعته أو البحث عنه أو الارتباط به دون عوائق مالية أو قانونية أو تقنية مع ضمان سيطرة المؤلفين على سلامة عملهم والحق في الاعتراف به والاستشهاد به بشكل صحيح"[336].

ويرجع اهتمام الباحثين به لنشر أعمالهم البحثية إلى مزيج من عدة عوامل، أولها: إن ظهور شبكة الإنترنت أتاح التوزيع المجاني للمقالات العلمية في جميع أنحاء العالم؛ وثانيها ارتفاع كلف النشر إلى نسب مرتفعة، فعلى سبيل المثال ارتفع سعر المجلات بنسبة 200٪ إلى 300٪ بين عامي 1975 و 1995 ومن 22٪ إلى 57٪ بين عامي 2004 و 2007 ". يضاف إلى ذلك ظاهرة التركيز بتحكم أفضل 5 ناشرين في 40٪ من السوق (من حيث القيمة) من المجلات العلمية" و"الناشرون الأربعة الأوائل ينشرون 24.8٪ من العناوين في جميع أنحاء العالم ، و50.1٪ من المجلات ذات أعلى عامل تأثير". و"أكبر 12 ناشرًا ينشرون 74٪ من 27000 مجلة علمية نشطة"[337].

يضاف إلى هذه العوامل لجوء الباحثين إلى هذه الإمكانية لعدة دوافع: فمن ناحية فهو يتيح الوصول السهل والمجاني إلى المقالات العلمية، بما في ذلك تلك المنشورة في الخارج في المجلات التي يتعذر الوصول إليها (خاصة بالنسبة للباحثين في البلدان النامية)، ومن ناحية أخرى يسمح لهم بتوزيع عملهم الخاص والترويج له[338].

وقد بدأ كل شيء في التسعينيات، مع ظهور أول أرشيفات مفتوحة:

- arXiv.org e-Print archive في عام 1991: وهي خدمة توزيع مجانية وأرشيف مفتوح للوصول إلى2.146.943 مقالة علمية في مجالات الفيزياء والرياضيات وعلوم الكمبيوتر والبيولوجيا الكمية والتمويل الكمي والإحصاء والهندسة الكهربائية وعلوم النظم والاقتصاد[339].

336– أنظر إعلان مبادرة الوصول المفتوح في بوادبيست على الرابط التالي:
http://www.budapestopenaccessinitiative.org/boai-10-translations/french

337 – Carine BERNAULT, « Open access et recherche en droit », in Catherine Barreau et Najoua Djerad (Sous la direction de), Droit et numérique, Actes du Colloque international 20 et 21 novembre 2017, PUSEK, Kaslik, 2019, pp.64-65.

338 –Ibid, p.65.

339– للمزيد من المعلومات حول هده الخدمة: جامعة كورنيل



-شبكة أبحاث العلوم الاجتماعية (SSRN) في عام 1994، توفر المكتبة الإلكترونية لهذه الشبكة 1.179.362 ورقة بحثية من 1.037.588 باحثا تغطي 65 تخصصا[340].

-الأوراق البحثية في الاقتصاد(RePEc (Research Papers in Economics في عام 1997. مبادرة تسعى إلى تعزيز نشر البحوث في الاقتصاد والمجالات ذات الصلة كجهد جماعي وتوفير جميع الخدمات مجانًا لجميع المستخدمين[341].

ولكن ثلاثة إعلانات شكلت الخطوة الحاسمة في تطوير الوصول المفتوح، ويتم اختصارها في عبارة "Bs3"، وتتعلق ب مبادرة بودابست للوصول المفتوح (" Budapest Open Access Initiative)، وبيان بيثيسدا للنشر الحر(Bethesda Statement on Open Access Publishing)، وإعلان برلين بشأن الوصول المفتوح إلى المعرفة في العلوم الإنسانية(Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities) ، وهي البيانات التي تم تبنيها في 2002 و 2003 لتنظيم الوصول المفتوح من أجل غاية بسيطة وهي: السماح بالوصول المجاني إلى المنشورات العلمية عبر طريقتين: أولا: بنشر المقالات في مجلات متاحة للقراء مجانًا ، وهو ما يعرف في المصطلحات باسم "المسار الذهبي"؛ وثانيا بنشر المقالات في مجلات مخصصة للمشتركين ولكن عن طريق إيداع نسخ من النصوص في أرشيفات مفتوحة يمكن الوصول إليها مجانًا لجميع مستخدمي الإنترنت ، مثل HAL في فرنسا ("المسار الأخضر" « la voie verte)[342].

3- البرمجيات الحرة

تعود فكرة البرمجيات الحرة إلى عالم الرياضيات الأمريكي نوربرت وينر (Norbert Wiener)(1894-1964) في معارضته لتسليع المعلومات مما قد يبطئ انتقالها ويقلل من فائدتها الاجتماعية[343].

---

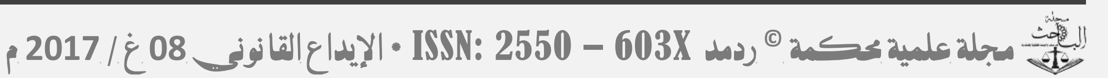
https://arxiv.org

340 – Tomorrow´s Research Today, https://www.ssrn.com/index.cfm/en/

341 – RePEc , General principles, http://repec.org

342 – Carine BERNAULT, op.cit, 63.

343– Sébastien Broca, Utopie du logiciel libre Du bricolage informatique à la réinvention sociale, Éditions le passager clandestin, Neuvy-en-Champagne, 2013, p.26.



وعمليا بدأت قصة "البرمجيات الحرة" في معهد ماساتشوستس للتكنولوجيا (MIT) فأثناء عمله كباحث في مختبر الذكاء الاصطناعي في هذا المعهد مُنع ريتشارد ستالمان (Richard Stallman) (1953-)من الوصول إلى الكود المصدري لنظام التشغيل UNIX الذي طورته الشركة الأمريكية AT&T ، والذي كان ينوي تعديله لتحسين أداء المختبر؛ على إثر هذا المنع، الذي يفرضه النموذج الاحتكاري لتوزيع البرمجيات، اتخذ قرارين: أولاهما، بتأسيس مؤسسة البرمجيات الحرة ووضع مشروع جنو(projet GNU) في 1984؛ وثانيهما تطوير نظام تشغيل مستقل تمامًا على طرازUNIX[344] .

وفي العام 1991 توصل المهندس الفنلندي Linus Torvalds (1969-) إلى تطوير النواة Linux وظهر بفضلها نظام التشغيل GNU / Linux[345].

وتتيح "البرمجيات الحرة" أربع حريات أساسية، وهي[346]:

1-حرية تشغيل البرنامج كما تشاء لأي غرض كان (الحرية 0)؛

2-حرية دراسة تشغيل البرنامج وتعديله لأداء المهام الحاسوبية (الحرية 1)؛

3-حرية إعادة توزيع النسخ، ومن ثم مساعدة الآخرين (الحرية 2)؛

---

[344] – Philippe Gilliéron, « Open Source et droit des brevets », Media lex, 1/2007, p.30.

[345] – Ibid.

[346]– البرمجيات الحرة تعني البرمجيات التي تحترم حرية المستخدمين. هذا يعني أن المستخدمين يتمتعون بحرية تشغيل هذه البرامج ونسخها وتوزيعها ودراستها وتعديلها وتحسينها. وبالتالي، فإن «البرمجيات الحرة» تشير إلى الحرية، وليس السعر (لفهم هذا المفهوم، يجب أن تفكر في «حرية التعبير»، وليس «الدخول الحر»).

أمثلة البرمجيات الحرة:

Linux أو Firefox أو Apache أو LibreOffice أو VLC. كما تظهر هذه القائمة الصغيرة، بعيدًا عن كونها شاملة، فإن هذه البرامج متنوعة للغاية: Firefox هو متصفح إنترنت، و Apache برنامج خادم HTTP، وLibreOffice جناح مكتب و VLC مشغل وسائط. بالنسبة إلى Linux (الذي نفضل تسميته GNU/Linux)، فهو نظام تشغيل. يقال إن الكمبيوتر "يعمل تحت GNU/Linux"، تمامًا كما يمكن أن "يعمل تحت 'Windows" أو تحت Mac OSX ".

حول مفهوم البرمجيات الحرة والمصدر المفتوح، والحريات الأربع أحيل على الرابط التالي https://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html

consulté le 29/10/2022.

4-حرية توزيع نسخ من النسخ المعدلة على الآخرين (الحرية 3).

أي أن هذه البرمجيات تتيح بكل حرية استخدامها ونسخها وتعديلها وتوزيعها بحرية.

هذه الحريات الأربع هي إمكانية تقنية وقانونية: من وجهة نظر تقنية، تفترض الوصول إلى رمز المصدر(المصدر المفتوح (Open Source))، أي للتعليمات التي تحدد تنفيذ البرنامج («وصفة المطبخ» الخاصة به)؛ وهي أيضا إمكانية قانونية تضمنها تراخيص محددة مجانية، ويعد أكثرها شهرة وانتشارًا هي الرخصة العامة[347].(GPL) . وبهذه الحريات تختلف عن البرمجيات الخاصة أو«الملكية» (مثل مايكروسوفت Microsoft) فهي لا تمنح هذه الحريات ولا تسمح بالوصول إلى الشفرة المصدرية، وتطلب من المستخدمين قبول "عقد ترخيص المستخدم النهائي" الذي يضع إطارللاستخدامات المصرح بها ويمنع استخدامات أخرى، مثل النسخ أو التعديل[348].

وللدفاع عن الحرية والمشاركة تأسست عدة مؤسسات:

<u>أ-مؤسسة البرمجيات الحرة(FSF)[349] .</u>

أسسها ريتشارد ستالمان كمنظمة غير ربحية مهمتها تعزيز حرية مستخدمي الحواسيب والدفاع عن حقوق جميع مستخدمي البرامج عالميا. حيث إن البرامج التي تديرها ذات أهمية حاسمة لتأمين مستقبل مجتمع حر.

وتعمل مؤسسة البرمجيات الحرة على تأمين الحرية لمستخدمي الكمبيوتر من خلال الترويج لتطوير واستخدام البرامج والوثائق المجانية (كحرية) - وخاصة نظام تشغيل GNU – (GNU operating system)ومن خلال شن حملة ضد التهديدات لحرية مستخدمي الكمبيوتر مثل إدارة القيود الرقمية (DRM) (Digital Restrictions Management)وبراءات اختراع البرامج.

---

347 – Sébastien Broca, Utopie du logiciel libre Du bricolage informatique à la réinvention sociale, Éditions le passager clandestin, Neuvy–en–Champagne, 2013, p.21.

348 – Ibid.

349 – The Free Software Foundation : https://www.fsf.org/about/

ب-مبادرة المصدر المفتوح (OSI)[350]

منظمة ذات منفعة عامة في كاليفورنيا، بالولايات المتحدة الأمريكية، تأسست في العام 1998 للمساهمة في بناء المجتمع المفتوح المصدر والتعليم، والدعوة العامة لتعزيز الوعي وأهمية البرامج غير المسجلة الملكية، وتشارك في المؤتمرات والمناسبات المفتوحة المصدر، وتلتقي بمطوري المصادر المفتوحة والمستخدمين، وتناقش مع المديرين التنفيذيين من القطاعين العام والخاص الكيفية التي يمكن بها لتقنيات المصدر المفتوح والتراخيص أن توفر مزايا اقتصادية واستراتيجية، وبوصفها الصوت الرائد في سياسات ومبادئ المصادر المفتوحة، تساعد على بناء عالم يتمتع فيه الجميع بالحريات والفرص المتاحة للبرمجيات المفتوحة المصدر، ودعم المؤسسات والأفراد الذين يعملون معًا لإنشاء مجتمعات ممارسة يزدهر فيها النظام البيئي الصحي المفتوح المصدر.

وحددت معايير المصدر المفتوح في[351] : أولا إعادة التوزيع المجاني؛ وثانيا أن يكون متاحا للعموم دون تمييز ضد الأفراد والجماعات؛ وثالثا عمومية الاستعمال وألا يمنع أي شخص من الاستفادة من البرنامج في مجال معين كتقييد استخدامه في الأعمال التجارية، أو في الأبحاث الجينية.

وتستند هذه المعايير على "إرشادات دبيان للبرمجيات الحرة" (Debian Free Software Guidelines(DFSG)) ويسمى ب"عقد دبيان الاجتماعي" الذي تمت صياغته من قبل Bruce Perens، وتم تنقيحه من قبل مطوري المشروع الآخرين خلال مؤتمر البريد الإلكتروني لمدة شهر في يونيو 1997، ثم تم قبوله كسياسة معلنة لتحديد معايير البرمجيات الحرة[352].

وكان من نتائج انتشار هذه التجارب من الحرية والمشاركة اعتماد عدد متزايد باستمرار من المنظمات البحثية ووكالات التمويل سياسات علمية مفتوحة. فعلى سبيل المثال، تقدم عدد

---

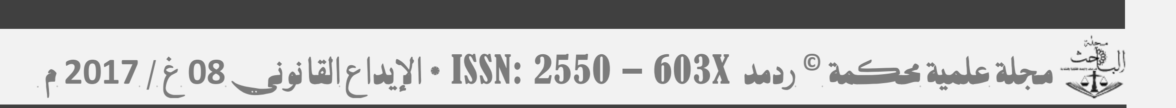
350 – The Open Source Initiative : https://opensource.org/about

351 The Open Source Definition– حول هذه المعايير أحيل على:

على الرابط التالي: https://opensource.org/osd

تاريخ الزيارة 21 أكتوبر 2022.

352 – Bruce Perens, “Debian Free Software Guidelines”, Disponible sur https://edtechbooks.org/openedreader/the-debian-free-software-guidelines-dfsg Consulté le 21/10/2022.



سياسات الوصول المفتوح في جميع أنحاء العالم بأكثر من ثمانية أضعاف منذ عام 2005، وهي تهم حاليًا أكثر من 1000 منظمة في جميع أنحاء العالم، بما في ذلك 86 منظمة تمويلية. وتتمركز الغالبية العظمى من سياسات الوصول المفتوح في أوربا(حوالي 63٪) ، وفي أمريكا الشمالية (16٪) ، وفي آسيا (7٪)، وفي أمريكا اللاتينية (6٪)، وفي أوقيانوسيا (4٪) ، وفي إفريقيا (3٪)[353].

وفي دراسة على 300000 مقال وجدت أن 28٪ على الأقل من جميع الأدبيات العلمية مفتوحة الوصول (19 مليون ورقة)، وتتزايد النسبة مع مرور الوقت بحيث إن 45٪ من جميع الأوراق المنشورة في عام 2015 كانت مفتوحة الوصول[354].

وأظهر استطلاع أجرته منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية عام 2016 للمؤلفين العلميين أن ما يقرب من 50 حتى 55٪ من الوثائق متاحة علنًا بعد 3 إلى 4 سنوات من النشر[355].

وأظهرت دراسة استقصائية ل1381 من مستودعات بيانات البحوث في جميع أنحاء العالم، وعبر جميع تخصصات البحث، أنه في 2015 كان86% من المستودعات توفر الوصول المفتوح إلى جزء على الأقل من البيانات،و12% توفر وصولاً محدودًا حصريًا، و 2٪ تقترح مزيجًا من الوصول المغلق والمقيّد. من بين 86٪ مستودعات مفتوحة جزئيًا على الأقل، 50٪ مفتوحة بالكامل، و 32٪ لديهم أجزاء مقيدة من مجموعات البيانات، و 6٪ لديهم مجموعات بيانات محظورة، و6٪ لديهم مجموعات بيانات مغلقة[356].

ثانيا- أخلاقيات البحث العلمي

يساهم رجل العلم في تقدم العلم أو المعرفة، باحثا عن الحقيقة وليس المنفعة الاجتماعية. وفي عمله لا بد من أن يكون صادقا ونزيها طوال مراحل البحث بامتثاله الصارم للمبادئ العلمية، وابتعاده عن التحيز والانتقائية (كتجاهل بعض النتائج التي تتعارض مع

---

353 – OECD Going Digital Toolkit Notes, Policy note, op.cit, p.9.

354 –ibid.p.10.

355 – Ibid, p.10.

356 – Ibid, pp.11-12.



نظريته)[357]؛ مع الأخذ بالاعتبار ضرورة التمييز بين "الخطأ العلمي" و"الاحتيال العلمي"، فإذا كان الخطأ ضروريا لتقدم العلم فإن الاحتيال غير مسموح به في العلم، لما فيه من تضليل وتزوير النتائج والتلاعب بها وتضارب المصالح فهو بذلك يكسر أواصر الثقة بين الباحثين ويمنع تقدم المعرفة و انتكاس البحث عنها[358].

وحسب ديفيد .ب.رزنيك ، في كتاب "أخلاقيات العلم "، هناك عدة واجبات تقع على عاتق الباحث يجب عليه الاقتضاء بها باعتبارها "معايير السلوك الأخلاقي في العلم"[359].

وحددت منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة شرعة أخلاقيات العلوم والتكنولوجية لتشمل إلى جانب المبادئ الأخلاقية أخلاقيات تتعلق بإنتاج العلوم والتكنولوجيا، ونقل وتوطين العلوم والتكنولوجيا، وتسخير واستخدام العلوم والتكنولوجيا. وتتصف المبادئ الأخلاقية بالعمومية، بمعنى أنها تتشابه وتتكرر تقريبا في جميع المو اثيق والمدونات الأخلاقية العالمية[360].

---

[357]– Sophie GRATTON , « L'impact de la commercialisation de la recherche académique sur les responsabilités du chercheur biomédical », Lex Electronica, Volume 17, N° 2, Automne 2012, p. 17.

[358] – Ibid, p.18.

[359]– يجملها في الآتية: الأمانة (عدم اختلاق المعطيات أو النتائج أو تحريفها)؛ الحذر واليقظة (تجنب خداع الذات والانحياز)؛ الانفتاحية (على الأفكار الجديدة وقبول النقد)؛ الحرية (حرية القيام بالبحث في أية مشكلة)؛ التقدير(من خلال التشجيع على البحث)؛ التعليم (تعليم علماء المستقبل والعامة)؛ المسؤولية الاجتماعية (المسؤولية تجاه المجتمع)؛ المشروعية؛ تكافؤ الفرص؛ الاحترام المتبادل(التعاون والاحترام بين الزملاء)؛ الفعالية (استخدام المواد بفعالية)؛ احترام الذات (احترام حقوق وكرامة الإنسان في البحث).

ديفيد ب. رزنيك، أخلاقيات العلم: مدخل، ترجمة عبد النور عبد المنعم ومراجعة يمنى طريف الخولي، الكويت، المجلس الوطني للثقافة والفنون الآداب، يونيو 2005 (سلسلة "عالم المعرفة" 316).

[360]– وتشمل الأخلاقيات الآتية: الأمانة والمسؤولية؛ واحترام كرامة الإنسان؛ والرفق بالحيوان وحفظ وحماية البيئة؛ والمنفعة وعدم الإضرار؛ والعدالة وحماية الحقوق؛ والحرية، والأهم في هذا الإطار هي حرية الفكر المؤدية إلى الإبداع؛ وأخيرا الانفتاح والتواصل المنتج.
وترتب المبادئ مسؤوليات أخلاقية على مجموعة من الفاعلين: الحكومات؛ والمؤسسات العاملة في إنتاج العلوم والتكنولوجيا؛ والأفراد المشتغلين بالعلم (الباحثين والعلميين والمدربين ومساعدي المدربين والفنيين والطلبة، وأخيرا الجهات الممولة للعلوم والتكنولوجيا بعدم الضغط، بأي شكل من الأشكال، على الباحث في أي مرحلة من مراحل إجراء البحث الذي تم تمويله لتحقيق مصلحة تتعارض مع موضوعية البحث(...)

وعلبه، يقع على عاتق العاملين في الحقل العلمي، على اختلاف فروعه، أخلاقيات يجب عليهم الالتزام بها، وحديثا أدخل العصر الحديث أخلاقيات جديدة من قبيل "أخلاقيات علم الأحياء" و"أخلاقيات الجيولوجيا".

1-«أخلاقيات علم الأحياء» (bioéthique)

اشتق مصطلح la bioéthique من اليونانية القديمة: bios تعني الحياة و éthos في إشارة إلى الأخلاق والقيم. وينسب هذا المصطلح إلى عالم البيولوجيا المختص في الأمراض السرطانية، الأمريكي فان رينسيلر بوتر(Van Rensselaer Potter)، الذي أكد أنه أول من استعمله، يشهد بذلك المقال الذي نشره في عام 1970، بعنوانBioethics: the Science of Survival، حيث يؤكد على أنه بعد أن كانت الأخلاقيات تدرس جنبًا إلى جنب مع المنطق والجماليات والميتافيزيقيا، كفرع من الفلسفة، وبما أن الأخلاقيات تعني في المقام الأول العمل وفقا للمعايير الأخلاقية. فهناك حاجة ماسة إلى "أخلاقيات الأرض"، و"أخلاقيات الحياة"، و"أخلاقيات السكان"، و"أخلاقيات الاستهلاك"، و"الأخلاق الحضرية"، و"الأخلاق الدولية"، و"أخلاقيات الشيخوخة"، وما إلى ذلك"[361]. وعليه، يجب أن يكون علم الأحياء أكثر من مجرد علم وحده، وبالتالي أقترح مصطلح «أخلاقيات علم الأحياء»"bioethics " من أجل التأكيد على أهم مكونين في تحقيق الحكمة الجديدة التي تمس الحاجة إليها: المعرفة البيولوجية والقيم الإنسانية[362].

وتاريخيا ساهم الكشف عن التجارب التي ارتكبت في المعسكرات النازية في إدراك الحاجة إلى تنظيم التجارب على الإنسان على نطاق دولي[363]: فكانت البداية في العام 1947 مع مدونة نورمبرغ(le code de Nuremberg) في وضعها لعشر قواعد يجب أن تستوفيها البحوث المتعلقة

منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة، شرعية أخلاقيات العلوم والتكنولوجيا في المنطقة العربية، اليونسكو، القاهرة، 2019، ص. 13-17.

361 – Van Rensselaer Potter, “ Bioethics: the Science of Survival” , Perspectives in Biology and Medicine, Volume 14, N° 1, Autumn 1970, p.127.

362 – Ibid, p.128.

363 – « 5questions sur la bioéthique », Disponible sur : https://solidarites-sante.gouv.fr/grands-dossiers/bioethique/article/5-questions-sur-la-bioethique#:~:text=Le%20terme%20"bioéthique"%20est%20la,la%20fin%20des%20années%201970.
Consulté le 21/10/2022



بالإنسان حتى تعتبر مقبولة، ولا سيما قاعدة الموافقة الحرة والمستنيرة؛ وفي عام 1964، وسع إعلان هلسنكي(la déclaration d'Helsinki) نطاق هذه الحركة بتحديد القواعد المنطبقة على البحوث البشرية؛ وفي السبعينيات، أحدثت أول لجان تقييم مستقلة لمشاريع البحوث في المستشفيات الأمريكية، وأنشئت مراكز للبحث والتدريب في مجال أخلاقيات علم الأحياء؛ وفي عام 1979، صاغ تقرير بلمونت (Rapport Belmont) المبادئ التأسيسية لأخلاقيات علم الأحياء الحالية: الأعمال الخيرية والاستقلال الذاتي والعدالة[364]؛ وفي الثمانينيات، أنشئت أول لجان استشارية وطنية للأخلاقيات؛ وفي عام 1993، أنشئت في اليونسكو لجنة دولية لأخلاقيات علم الأحياء، اعتمدت ثلاثة إعلانات (الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان في عام 1997؛ والإعلان الدولي بشأن البيانات الوراثية البشرية في عام 2003؛ والإعلان العالمي لأخلاقيات علم الأحياء وحقوق الإنسان في عام 2005)؛ وفي عام 1997، اعتمدت اتفاقية حقوق الإنسان والطب الأحيائي، المعروفة باسم اتفاقية أوفييدو، تحت رعاية مجلس أوروبا.

هكذا ظهرت أخلاقيات علم الأحياء في منتصف الستينيات بفضل مساهمات العلماء واللاهوتيين والفلاسفة والحقوقيين والمشرعين والمهنيين الصحيين، وقبل ذلك ساهمت عدة كتابات في التحضير لهذا الظهور[365]: ففي العام 1954 نشر جوزيف فليتشر(Joseph Fletcher) كتاب Medicine and Morals كأول مظهر من مظاهر الاهتمام المتزايد بأخلاقيات الطب بعد الحرب العالمية الثانية. وفي منتصف الستينيات، سلطت دراسة هنري بيتشر(Henry Beecher)، التي نُشرت في عام 1966 في الولايات المتحدة، الضوء على مدى التجارب على البشر، وعلى الانتهاك المتكرر لحقوق الأشخاص موضوع التجارب.

<u>2-أخلاقيات الأرض/ الجيولوجيا</u> (géoéthique)

364 – Commission nationale pour la Protection des sujets humains dans le cadre de la recherche biomédicale et béhavioriste, Le rapport Belmont , « Principes et lignes directrices éthiques pour la protection des êtres humains dans la recherche », Disponible sur : https://frq.gouv.qc.ca/app/uploads/2021/04/rapport_belmont_1974.pdf Consulté le 29/10/2022.

365 – Ghislaine Cleret de Langavant, Bioethique : Methode et complexite, Presses de l'Université du Québec, Canada, 2001, p.23.

يستعمل مفهوم géoéthique من قبل الجغرافيين بمعنى "أخلاقيات الأرض"، ومن قبل علماء الجيولوجيا بمعنى" أخلاقيات الجيولوجيا". بالنسبة للجغرافيين فيعتقد أن أول من استعمل المفهوم هودينيس بومين(Denise Pumain) مشيرا إلى هذه المقاربة الجديدة للتقييم الجغرافي التي تعالج المشكلات الأخلاقية من منظور العدالة المجالية[366]، مما يثبت صحة الجغرافيا كتحليل أخلاقي؛ لأن الباحث في العلوم الاجتماعية لا يمكنه بدعوى حياد الخطاب العلمي تجاهل المخاوف الأخلاقية[367].

ورجع علماء الجيولوجيا إلى الأربعينيات من القرن العشرين عندما أعلن ألدو ليوبولد (1887-1948)(Aldo Leopold) عن الحاجة إلى تطوير علاقة جديدة بين البشر والبيئة الطبيعية، وقبله قدم الجيولوجي أنطونيو ستوباني(Antonio Stoppani) (1824-1891) مفهوم عصر الحيوان البشري(Anthropozoic Era) محددا البشر على أنهم «قوة جيولوجية» جديدة وبالتالي كجزء لا يتجزأ وأساسي من الطبيعة. وباعتباره من أوائل المشجعين للمعرفة الجيولوجية، أصبح ستوباني أحد رواد الأخلاقيات الجيولوجية[368].

ويكمن تأثير الأخلاقيات (البحث في ما ينبغي أن يكون) أن الباحث لم يعد مهتمًا بالفعالية التجريبية للنماذج التي يختبرها (التشغيل التقني) فحسب، بل اختبر أيضًا أهميتها فيما يتعلق بتنوع مفاهيم العدالة (التشغيل الأخلاقي)[369]. وهنا " يستحضر الحديث عن الأخلاقيات الجغرافية الأخلاقيات الحيوية، ويقترح ضمنيًا وضعها ضمن مشكلة أكبر. يجب علينا أولاً إظهار الامتدادات الجيو- الأخلاقية للمشكلة النموذجية للأخلاقيات البيولوجية التي هي الفجوة بين جدول الأعمال التقني والمسائل الأخلاقية"[370].

---

[366] – Arnaud Brennetot, « Pour une géoéthique. Éléments d'analyse des conceptions de la justice spatiale », L'Espace géographique , Vol 39, N°1, 2010 p.76.

[367] – Denise Pumain, « Géoadvertainment et géoéthique », Cybergeo: European Journal of Geography , January 2009, pp.36-37.

[368] – Peter Bobrowsky (and al…), " The emerging of Geothics", in Linda C. Gundersen (edited by), scientific integrity and ethics in the Geosciences, John Wiley & Sons, Inc, Washington, 2018, p.177.

[369] – Arnaud Brennetot, op.cit, 76.

[370] – Bernard Bret, « Justice et injustice spatiales au Brésil : une réflexion géoéthique », L'information géographique, Vol81, N°4, 2017.



مما يظهر الحاجة الملحة إلى ممارسين يمتلكون ضميرًا أخلاقيًا ورغبة في التصرف بمسؤولية، بما أن الأخلاقيات الجيولوجية توفر قيمًا أخلاقية واجتماعية وثقافية للمجتمع العلمي وللمجتمع ككل[371].

ولهذه الغاية السامية يتناول علم الأخلاقيات الجيولوجية كيفية إدارة علماء الجيولوجيا لضمائرهم الفردية، وسلوكهم تجاه زملائهم، وقيادتهم للأرض، والاستخدام المسؤول للموارد، والتخفيف من حدة المخاطر، فضلاً عن مشاركة الجمهور في التثقيف حول علوم الأرض وعمليات الأرض، ومشاركتهم في وضع سياسات عامة مهمة. فالسلوك المسؤول لعلماء الجيولوجيا هو نقطة رئيسية في أخلاقيات الأرض. لكن السلوك المسؤول يتطلب قرارًا واعيًا؛ مما يفترض بالضرورة وجود حرية الاختيار بين البدائل الممكنة، والخلو من تضارب المصالح وتقديم التنازلات تحت إكراه الضغوط السياسية أو الاجتماعية أو النفسية، ويقع على عاتقه واجب أخلاقي بتوعية الناس بأهمية علوم الأرض ونقل المعلومات اللازمة لبناء مجتمع قادرعلى المعرفة؛ والتزام أخلاقي باقتراح حلول متعددة التخصصات تراعي البيئة الطبيعية بطريقة عالمية متوازنة (بإعطاء الأولوية للاستدامة)[372].

خلاصة:

نصل بعد الاستدلال على الفرضيات الثلاث المشار إليها في مقدمة هذه الدراسة، ومن خلال توظيف مجموعة من الحجج وبيانها بعدة أمثلة، إلى الخلاصات والاستنتاجات الآتية:

1-لا يجري التقدم العلمي بعيدا عن سلطة الدولة، وقدرتها التشريعية والضبطية، كساهر على أمن مجتمعاتها وحقوق وحريات مواطنيها؛

2-تفترض طبيعة تقدم العلم توفير المناخ الملائم لانتشاره وتوسعه، مما يظهر أهمية القانون الوضعي كآلية لحماية الابتكاروالعاملين في سيرورة الإنتاج العلمي، أفرادا ومؤسسات؛

[371] – Olivier Abel, « Pour une géo-éthique », Foi et vie, Vol 105, N°5, décembre 2006 https://olivierabel.fr/supplement/pour-une-geo-ethique.php

[372] – Peter Bobrowsky (and al…), op.cit, p.179.

3- أظهر تقدم العلم، بما لا مجال للشك والريبة حوله، قدرة المشرعين (وطنيا و إقليميا ودوليا) على مسايرته والتكيف معه، ولو بشكل متأخر شيئا معا، مما مكن من وضع قواعد لضبطه، حماية للمجتمع والأفراد من جهة، وحماية للابتكاروالعلماء من جهة أخرى؛

4- إذا كان القانون الوضعي يعني الضبط والإكراه فإن العلم يعني الحرية، مما أسفرعن بزوغ تيارات فكرية وحركات اجتماعية تنتصرللحرية على حساب قوانين الملكية والتأليف؛

5- يفترض العلم كمجال للاجتهاد والمغامرة خضوع العاملين فيه لأخلاقيات الضميروليس للقانون الوضعي وحده، كما أظهرت طريقة الاشتغال في بعض الحقول العلمية؛

6- يظهرتاريخ العلم، أنه يسيرفي اتجاه خطي متسارع، من الصعب توقع نتائجه، مما يؤدي إلى صراع دائم مع الدولة ذات السيادة التي من واجبها حماية أمن المجتمع وحقوق الأفراد، ولهذه الغاية تتدخل بواسطة القانون لضبط هذا التطور، في وقت يدافع فيه العلماء عن الحريات بمختلف أشكالها، وعلى الخضوع لأخلاقيات الضمير، مما يعني أن الصراع بينهما باق كحلبة للصراع بين الحرية والقيد.

لائحة المراجع

-المراجع باللغة العربية

-الكتب

- أفلاطون، جمهورية أفلاطون، ترجمة فؤاد زكريا، راجعها على الأصل اليوناني الدكتور محمد سليم سالم، دون تاريخ.

- أندريا ثايسون، لورا، من يسحق من؟ الصراع التجاري في صناعات التكنولوجيا العالمية، ترجمة عبد الحميد محبوب، ط1، الدارالدولية للنشروالتوزيع، القاهرة،1997.

- بدوي، عبد الرحمان، فلسفة القانون والسياسة عند هيغل، ط1، دارالشروق، القاهرة، 1996.

- بوقرة، محمد العربي، العلم ضد العالم الثالث: الشركات المتعددة الجنسيات وأوهام التطور، ط1، دارالفارابي، بيروت، 1999.

-بيروتز، ماكس، ضرورة العلم: دراسات في العلم والعلماء، ترجمة وائل أناسي، د. بسام معصراني، مراجعة د. عدنان الحموي، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، ماي 1999، (سلسلة عالم المعرفة، عدد 245).

- بلقاضي، عبد الحفيظ، مفهوم حق المؤلف وحدود حمايته جنائيا: دراسة تحليلية نقدية، ط1، دار الأمان، الرباط، 1997.

- ديكنسون، جون ب، العلم والمشتغلون بالبحث العلمي في المجتمع الحديث، ترجمة شعبة الترجمة باليونسكو، الكويت، المجلس الوطني للثقافة والفنون الآداب، 1987 (سلسلة عالم المعرفة، عدد 112).

- رستون، ولترب، أفول السيادة، كيف تحول ثورة المعلومات عالمنا، ترجمة سمير عزت نصار وجورج خوري، ط1، دار النسر للنشر والتوزيع، عمان، 1995.

- رزنيك، ديفيد ب، أخلاقيات العلم: مدخل، ترجمة عبد النور عبد المنعم ومراجعة يمنى طريف الخولي، الكويت، المجلس الوطني للثقافة والفنون الآداب، يونيو 2005 (سلسلة "عالم المعرفة"، عدد 316).

- زحلان، انطوان، العرب وتحديات العلم والتقانة، تقدم من دون تغيير، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 1999.

- سيدمو محمد العربي، علم الاقتصاد، ط 1، مطبعة الكتبية، مراكش، 1992.

- سوبيو، ألان، الإنسان القانوني بحث في وظيفة القانون الأنثروبولوجية، ترجمة عادل بن نصر، ط1، المنظمة العربية للترجمة، بيروت، 2012.

- لويد، دينيس، فكرة القانون، ترجمة سليم الصويص، مراجعة سليم بسيسو، الكويت، المجلس الوطني للثقافة والفنون الآداب، الكويت، نوفمبر 1981 (سلسلة عالم المعرفة، عدد 47)،.

- هيرست، بول، طومسون، جراهام، ما العولمة، الاقتصاد العالمي وإمكانات التحكم، ترجمة فاتح عبد الجبار، الكويت، شتنبر 2001 (سلسلة عالم المعرفة، عدد 273).

<u>- المقالات:</u>

- الخطيب ، محمد ع. ، "الذكاء الاصطناعي والقانون – دراسة نقدية مقارنة في التشريعين المدني الفرنسي والقطري في ضوء القواعد الأوربية في القانون المدني للإنسالة لعام 2017 والسياسة الصناعية الأوربية للذكاء الاصطناعي والإنسالات لعام 2019"، مجلة الدراسات القانونية، عدد 4، مجلد 2020.

- مخلوفي، عبد السلام، "اتفاقية حماية حقوق الملكية الفكرية المرتبطة بالتجارة TRIPS: أداة لحماية التكنولوجيا أم لاحتكارها؟"، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا، عدد3، 2005.

تقاريروو ثائق ونصوص قانونية

-الاتحاد الدولي للاتصالات، مكتب تنمية الاتصالات، دليل الأمن السيبيراني للبلدان النامية، طبع في سويسرا جنيف، 2006.

-مجلس أوروبا، مجموعة المعاهدات الأوروبية - رقم ١٨٥ ، الاتفاقية المتعلقة بالجريمة الإلكترونية، بودابيست2001/11/23.

-الجمعية العامة للأمم المتحدة، (الدورة الرابعة والستون)، قرار رقم 211/64 – إرساء ثقافة عالمية تكفل أمن الفضاء الإلكتروني وتقييم الجهود الوطنية الرامية إلى حماية الهياكل الأساسية الحيوية للمعلومات،RES/64/211 A/.

-ظهير شريف رقم 162-97-1 صادر في 2 ربيع الآخر 1418 (7 غشت 1997) بتنفيذ القانون رقم 96-24 المتعلق بالبريد والمواصلات، الجريدة الرسمية العدد 4518، 18 شتنبر 1997، ص 3721 وما بعدها.

-ظهير شريف رقم 1.09.15 صادر في 22 من صفر 1430 (18 فبراير 2009) بتنفيذ القانون رقم 09.08 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي جريدة رسمية عدد 5711 بتاريخ 27 صفر 1430 (23 فبراير 2009).

- المراجع باللغة الأجنبية

<u>-Ouvrages :</u>

- ABDUSALAM, Muhamed, Science technologie et éducation pour le développement du sud, 1ère édition, Rabat, Toubkal, 1990.

- BARREAU , Catherine et DJERAD, Najoua (Sous la direction de), Droit et numérique, Actes du Colloque international 20 et 21 novembre 2017, PUSEK, Kaslik, 2019.

- BOUCHOUX ,Deborah E., Intellectual Property: The Law of Trademarks, Copyrights, Patents, and Trade Secrets, Fourth Edition, Delmar, Cengage Learning, USA, 2013.

- BROCA, Sébastien, Utopie du logiciel libre Du bricolage informatique à la réinvention sociale, Éditions le passager clandestin, Neuvy-en-Champagne, 2013

- CLERET ,Ghislaine, Bioethique : Methode et complexite, Presses de l'Université du Québec, Canada, 2001.

- Colliard, C-A. « La machine et le droit privé français contemporain ». In Le Droit privé français au milieu du XXème siècle. Etudes offertes à G. Ripert. Ed. LGDJ, 1950.

- GOLDSTEIN, Paul, International Copyright: Principles, Law, and Practice, Oxford University Press, New York,2001.

- GUNDERSEN, Linda C. (edited by), scientific integrity and ethics in the Geosciences, John Wiley & Sons, Inc, Washington, 2018.

- LABERCHE, Blandine, La firme et l'information: innover pour conquérir, Paris, L'Harmattan, 1998.

- LATRIVE, Florent ,Du bon usage de la piraterie : Culture libre, sciences ouvertes, Exils Editeur, Paris, 2004.

- PELLEGRINI, François, Actes du colloque des Convergences du Droit et du Numérique, Colloque des Convergences du Droit et du Numérique, Sep 2017, Bordeaux, France. 2019.



- VIVANT , Michel , BRUGUIERE, jean-Michel , Droit d'auteur et droits voisins , Paris , DALLOZ, 2e édition, 2013.

- Articles :

- Abel, Olivier,« Pour une géo-éthique », Foi et vie, Vol 105, N°5, décembre 2006.

- AMSELEK, Paul, « Le Droit, technique de direction publique des conduites humaines », DROITS (Revue Française de théorie juridique), N° 10 (Le thème : Définir le droit), 1989.

- BOYER, Joël, « L'Internet et la protection des données personnelles et de la vie privée », Cahiers français, N°295.

-BONNAURE, Pierre, « Les politique d'innovation »، Futurible, N° 225, novembre 1997.

- BUYDENS, Mireille, « Les dérives de la propriété intellectuelle », le Courrier de l'UNESCO, septembre 1999.

- BRENNETOT, Arnaud, « Pour une géoéthique. Éléments d'analyse des conceptions de la justice spatiale », L'Espace géographique, Vol 39, N°1, 2010.

- BRET, Bernard , « Justice et injustice spatiales au Brésil : une réflexion géoéthique », L'information géographique, Vol81, N°4, 2017.

- CASTELLI, Mireille D. ,« Sciences et droit : relation et rapports de force », Les Cahiers de Droit, vol. 37, N° 1, mars 1996.

- COURSON, Olivier, « Les nouvelles technologies de l'information et de la communication: un regard du droit », Cahiers français, N°288, octobre-décembre, 1998.

- COHENDET, P., FARCOT, M., PENIN, J, « Entre incitation et coordination : Repenser le rôle du brevet d'invention dans une économie fondée sur la connaissance », Management International, N° 10., 2006.

- CAMMILLERI, Anne, « Gagner la guerre du futur : considérations juridiques et éthiques sur l'intelligence artificielle », Les Cahiers de propriété intellectuelle, Vol. 30, N° 3, 2018.

- DROSS, William, « L'encadrement des technologies par le Droit : nécessité et sources de changements », Revue du notariat, Volume 106, N° 3, décembre 2004.

- DEZIEL, Pierre-Luc, « Les limites du droit à la vie privée à l'ère de l'intelligence artificielle : groupes algorithmiques, contrôle individuel et cycle de traitement de l'information », Les Cahiers de propriété intellectuelle, Vol. 30, N° 3, 2018.

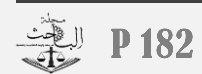
- DELAMERTEREE , Isabelle, «L'Internet et la propriété intellectuelle», Cahiers français,

- EBERLEIN, Burkard, « L'Etat régulateur en Europe », Revue française de science politique », 49e année, N°2, 1999.

- Gilliéron, Philippe, « Open Source et droit des brevets », Media lex, 1/2007.

- GRATTON , Sophie , « L'impact de la commercialisation de la recherche académique sur les responsabilités du chercheur biomédical », Lex Electronica, Volume 17, N° 2, Automne 2012.

- KOSINSKI, Michal, STILLWELL, David, GRAEPEL, Thore, "Private traits and attributes are predictable from digital records of human behaviour", Proc Natl Acad Sci U S A (PNAS), April 9, vol. 110 ,N° 15, 2013.



- KEIM, Nadine, « Les défis lancés par l'accord TRIPS aux pays en développement », Annuaire suisse de politique de développement, N°17 , 1998.

- PARE ,Claude, «Les enjeux de la recherche et développement»، futuribles, N° 146, septembre 1990.

- PENIN, Julien, « Le problème des « ¨Patent Trolls » : Comment limiter la spéculation sur la propriété intellectuelle dans une économie fondée dur les connaissances ? », Innovations, N°32, 2010/2.

- Potter, Van Rensselaer, "Bioethics: the Science of Survival", Perspectives in Biology and Medicine, Volume 14, N° 1, autumn 1970.

- PUMAIN, Denise « Géoadvertainment et géoéthique », Cybergeo: European Journal of Geography , January 2009.

-THUMM, Nikolaus, « Les brevets: incitation ou frein à la recherche? », La Vie économique Revue de politique économique, N°7/8,2006.

- TRUDEL, Pierre, « Quel droit et quelle régulation dans le cyberespace ? », Sociologie et sociétés, Volume 32, N° 2, automne 2000.

Rapports et Documents et Lois

-Commission nationale pour la Protection des sujets humains dans le cadre de la recherche biomédicale et béhavioriste, Le rapport Belmont , « Principes et lignes directrices éthiques pour la protection des êtres humains dans la recherche ».

-Conseil de l'Europe, Un cadre juridique pour les système d'intelligence artificielle, Étude du Conseil de l'Europe DGI (2021)04 , Adopté par le CAHAI lors de sa 3e réunion plénière, le 17 décembre 2020, Conseil de l'Europe, mai 2021.



-Policy and Global Affairs, Convergence of science and law, A summary report of the first meeting of the science, technology, and law panel, National Academy Press, Constitution Avenue, N.W. Washington,2001.

Disponible sur:

-UNCTAD, Technology and innovation report 2021, Catching technological waves innovation with equity, United Nations Publications, New York, 2021.

-UN Capital Development Fund, Le rôle de la cybersécurité et de la sécurité des données dans l'économie numérique, UNCDF | Policy Accelerator, Février 2022.

- Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, Comprendre la propriété industrielle, OMPI, Genève, 2016.

-PNUD, Rapport mondial sur le développement humain, De Boeck & larcier s.a, Paris 1999, Bruxelles, p. 67

Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur(WCT) (1996), GENEVE1997.

OECD , Going Digital Toolkit Notes, Policy note, Open Science - Enabling Discovery in the Digital Age, OECD 2021, p.6.

الدكتور الطيبي محمود
دكتور في القانون العام كلية العلوم القانونية
والاقتصادية والاجتماعية بوجدة

طبيعة العلاقة بين الهيئة العليا للرقابة على المال العام والسلطات الثلاث

The nature of the relation between the higher commitee for controling the public money and the three powers

مقدمة:

يلعب المال العام أهمية كبيرة بالنسبة للدولة والمجتمع، حيث يشكل الركيزة الأساسية والعمود الفقري في بناء الدولة وتكوينها، تأسيسا وتسييرا، كما يعتبر الركيزة الأساسية لأي عملية تنموية، وبدونه لا يمكن ضمان استقرار الدولة ولا ضمان سيرورتها واستمرار نظامها السياسي، وهو الأمر الذي استلزم إحاطته بنوع من الرقابة، حتى لا يتم العبث به سواء بالتبذير أو الاختلاس، أو سوء التدبير، لما تلعبه الرقابة من أهمية في حماية الأموال العمومية، وكذا حسن التسيير والتدبير الجيد لها.

استنادا إلى ذلك، أصبحت حماية المال العام من أهم أولويات سياسة الدول، وذلك لارتباط هذا المعطى بمجموعة من الميادين وعلاقته التفاعلية مع مجموعة من المجالات سواء الاقتصادية أو السياسية أو الاجتماعية...، هذا، ولا يمكن حماية المال العام إلا بوسائل وآليات تضمن تحقيق هذا الهدف[373].

وتعتبر الرقابة العليا على الأموال العمومية من أهم أنواع الرقابة في الدول الحديثة، وتعود أصول هذا النوع من الرقابة في الغرب إلى القرون الوسطى، إذ يعود أصلها في فرنسا إلى القرن الثالث عشر، ولذلك تعتبر أول دولة طبقت هذا النوع من الرقابة، وخاصة الرقابة المالية

---

[373] – الصديق حيدة: المحاكم المالية وإشكالية حماية المال العام، مجلة المالية، وزارة الاقتصاد والمالية، العدد 21، يناير 2014 العدد 21، يناير 2014، ص: 36. منشور على الموقع الإليكتروني لوزارة المالية:
www.finances.gov.ma/Docs/2014/DAAG/ALMaliya%2021%20Ar.p

القضائية، حيث أوجدت هيئة قضائية مختصة في الرقابة العليا على الأموال العمومية، لتنتقل التجربة إلى مختلف الدول الأوربية، ثم بعد ذلك إلى دول أخرى[374].

حديثا، وخاصة منذ بداية القرن العشرين عرف هذا النوع من الرقابة تطورات كبيرة، وذلك بحكم ارتباطه بالتغييرات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية... وكذلك نظرا للأزمات الكثيرة التي عرفتها دول العالم. وتختلف الهيئة المكلفة بهذا النوع من الرقابة من دولة إلى أخرى، حيث يعتبر المجلس الأعلى للحسابات هو المكلف بالرقابة العليا على الأموال العمومية في المغرب، وهو ما تم التنصيص عليه في الباب العاشر من الدستور، والذي جاء في الفصل 147 منه على أن "المجلس الأعلى للحسابات هو الهيئة العليا لمراقبة المالية العمومية بالمملكة، ويضمن الدستور استقلاله..."

وإذا كان تعريف الرقابة العليا على المال العام، استنادا إلى المادة الثانية من النظام الأساسي للمنظمة الدولية للرقابة المالية والمحاسبة، بكونها كل جهاز عال، أيا كانت تسميته وطريقة إنشائه وتنظيمه، الذي تناط به، بمقتضى الدستور أو القانون، ممارسة الرقابة على المالية العمومية، والذي يطبق هذا النشاط بصورة مستقلة سواء باختصاص قضائي أو بدونه، ويزود هذا الجهاز كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية بالمعلومات الكافية حول كيفية إدارة واستعمال الأموال العمومية[375].

فإن الواضح من خلال هذا التعريف، هو أن الهيئة العليا للرقابة المالية لا تتمحور مهمتها فقط في الرقابة، و إنما تزويد باقي السلطات وخاصة التشريعية والتنفيذية بالمعلومات الكافية، والتي تحتاجها في تدبير الأموال العمومية، سواء أثناء ممارستها لمهامها الرقابية، أو أثناء استشارتها وطلب رأيها من طرف تلك المؤسسات، وهو الأمر الذي ينطبق على المغرب في شخص المجلس الأعلى للحسابات بكونه الهيئة العليا للرقابة المالية.

فبالإضافة إلى اختصاصاته الرقابية يعتبر المجلس الأعلى للحسابات هيئة استشارية في الميادين التي تدخل ضمن اختصاصاته، وذلك من خلال ما تم التنصيص عليه في الفصل 148

---

[374]– أحمد حسون: المجلس الأعلى للحسابات بالمغرب، دراسة سوسيوقانونية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط 2013، ص: 24.

[375]– الموقع الرسمي للأنتوساي:
http://www.intosai.org/ar/about-us/statutes/article-2-participation.html

من الدستور، وهو ما يعني أن المجلس الأعلى للحسابات لا يقوم فقط بالرقابة الآلية والجامدة للمر افق والمؤسسات التي تخضع لرقابته، و إنما تجمعه نوع من العلاقة التعاونية والاستشارية مع مجموعة من المؤسسات الدستورية، وتأتي السلطات الثلاث كأهم هذه المؤسسات، والتي سيرتكز علبها هذا الموضوع.

حيث تأتي هذه الورقة من أجل الإجابة على إشكالية تتمحور حول طبيعة العلاقة وأشكال التعاون بين الهيئة العليا للرقابة على الأموال العمومية، وبين باقي المؤسسات الدستورية، وبالأساس حول نوع وأهمية المساعدة التي يمكن أن يقدمها المجلس الأعلى للحسابات للسلطتين التشريعية والتنفيذية وكذلك لباقي الهيئات القضائية؟ وهو ما سأحاول الإجابة عنه في السطور القادمة.

الفقرة الأولى: أشكال التعاون بين المجلس الأعلى للحسابات والبرلمان

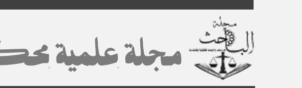
إن طبيعة العلاقة بين المؤسسات العليا للرقابة المالية والمؤسسة التشريعية تختلف من دولة إلى أخرى، فهي تتراوح بين تعاون محدود وضيق كما هو الحال بالنسبة لألمانيا، وتعاون وثيق إلى حد شراكة حقيقية كما هو الشأن في الولايات المتحدة الأمريكية والنمسا وبلجيكا وهولندا، وتعاون عرضي ثانوي كما هو الحال في إيطاليا وإسبانيا، وقد ظلت التجربة الفرنسية حبيسة الفئة الأخيرة لفترة طويلة إلى أن توطدت وتعززت علاقة التعاون بين محكمة الحسابات الفرنسية والسلطة التشريعية في ظل الجمهورية الخامسة[376].

أما في المغرب فقد عرفت هذه العلاقة وهذا النوع من التعاون تطورا منذ إحداث اللجنة الوطنية للحسابات، ثم إحداث المجلس الأعلى للحسابات ليحل محلها، والتطور الذي عرفه هذا الأخير منذ إحداثه سنة 1979 إلى اليوم، خاصة مع صدور مدونة المحاكم المالية[377]، وكذلك صدور دستور 2011.

---

[376]– أحميدوش مدني: المحاكم المالية بالمغرب، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، مطبعة فضالة المحمدية، الطبعة الأولى، 2003، ص: 314.

[377]– القانون رقم 99–62 المتعلق بمدونة المحاكم المالية، الصادر بتنفيذه الظهير شريف رقم 1–02–124 صادر في فاتح من ربيع الأول 1423 (13 يونيو 2002)، الجريدة الرسمية عدد 5030، في 6 جمادى الأخيرة 1423 (15 أغسطس 2002).



وباستحضار الفصل 148 من دستور 2011، فقد أكد المشرع الدستوري على أن المجلس الأعلى للحسابات يقدم مساعدته للبرلمان في المجالات المتعلقة بمراقبة المالية العمومية، كما يجيب عن الأسئلة والاستشارات المرتبطة بوظائف البرلمان في التشريع والمراقبة والتقييم المتعلقة بالمالية العمومية. فضلا عن تقديم الرئيس الأول عرضا عن أعمال المجلس أمام البرلمان، يكون متبوعا بمناقشة، وهو ما سيسمح لأعضاء البرلمان من استثمار نتائج أعمال المحكمة المالية من ملاحظات وتوصيات في ممارستهم لوظائفهم المتعلقة على الخصوص بالتشريع (خاصة التشريع المالي) والرقابة على العمل الحكومي وتقييم السياسات العمومية. ولا يقف التعاون بين البرلمان والمجلس الأعلى للحسابات عند هذا المستوى، حيث توجد مجموعة من الآليات والوسائل التي يمكنها أن تكون صلة وصل بينهما، والمتعلقة أساسا بتقارير المجلس[378] (أولا)، ثم دعمه لوظائف البرلمان (ثانيا).

أولا: تقارير المجلس الأعلى للحسابات كآلية لمساعدة البرلمان

يعتبر الرد على طلبات التوضيح المعروضة على المجلس من طرف رئيس مجلس النواب أو رئيس مجلس المستشارين بمناسبة دراسة التقرير حول تنفيذ الميزانية، والتصريح العام بالمطابقة اللذين يعدهما المجلس الأعلى للحسابات[379]، وذلك تطبيقا للفصل 66 من القانون التنظيمي رقم 130.13 لقانون المالية[380]، الذي جاء في فقرته الأخيرة، "... يحيل المجلس الأعلى للحسابات على البرلمان التقرير حول تنفيذ قانون المالية والتصريح العام بالمطابقة بين الحسابات الفردية والحساب العام للمملكة، مع توجيه نسخة منها للحكومة". من الآليات الأساسية للتعاون بين المجلس الأعلى للحسابات والسلطة التشريعية.

1- التقرير حول تنفيذ قانون المالية

378– تشير كلمة المجلس (والتي سيتم استعمالها بكثرة في هذا المقال) للتعبير هنا بشكل مختصر عن المجلس الأعلى للحسابات والذي يعتبر هو الهيئة العليا للرقابة على الأموال العمومية في المغرب.

379– المادة 92 من القانون رقم 99–62 المتعلق بمدونة المحاكم المالية، الصادر بتنفيذه الظهير شريف رقم 124–02–1 صادر في فاتح من ربيع الأول 1423 (13 يونيو 2002)، الجريدة الرسمية عدد 5030، في 6 جمادى الأخيرة 1423 (15 أغسطس 2002).

380– القانون التنظيمي رقم 130.13 لقانون المالية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.62 صادر في 14 من شعبان 1436 (2 يونيو 2015)، ج.ر عدد 6370 بتاريخ فاتح رمضان 1436 (18 يونيو 2015)، ص: 5816..

يعتبر التقرير حول تنفيذ قانون المالية من الوثائق المهمة التي ينبغي إحالتها ضمن الوثائق المرفقة بمشروع قانون التصفية على البرلمان، ولإعداد التقرير المشار إليه، يوجه الوزير المكلف بالمالية إلى المجلس، ستة أشهر قبل انصرام الآجل المشار إليه في المادة 65 من القانون التنظيمي للمالية[381]، على أبعد تقدير، جميع المعلومات والوثائق الكفيلة بالسماح له بتحليل شروط تنفيذ قانون المالية، كما يمكن للمجلس أن يقوم بكافة التحريات التي يراها ضرورية في عين المكان، لتحليل ظروف تنفيذ ميزانيات الوزارات والأجهزة الأخرى التي تستفيد من الاعتمادات المسجلة بميزانية الدولة[382].

ويجب أن يتضمن التقرير المذكور، نتائج تنفيذ القوانين المالية، والملاحظات المنبثقة عن المقارنة بين التوقعات والانجازات، وكذا تأثيرات عمليات الميزانية وعملية الصندوق على الوضعية المالية للدولة، ثم القرارات المتعلقة بتغيير مخصصات الميزانية ومدى مطابقتها لمقتضيات القانون التنظيمي للمالية، بالإضافة إلى المقارنة بين الاعتمادات النهائية بعد تعديلها والعمليات المنجزة فعلا[383].

عموما، يلعب التقرير حول تنفيذ الميزانية دورا مهما في تبديد الغموض الذي يكتنف الميزانية العامة للدولة، ويصدر المجلس التقرير باعتباره سلطة حيادية من أجل وضع حد للتوترات التي قد تقع بين صناع القرار السياسي[384]. وبناء على هذا التقرير يمكن لأعضاء البرلمان، الاطلاع على تفاصيل تنفيذ قانون المالية في مختلف الفروع والقطاعات، وذلك من خلال المعلومات التي يتضمنها التقرير، وهذا سيساعدهم في العمل الرقابي على الحكومة، كما أنه من خلال هذه التفاصيل يمكنهم إبداء اقتراحاتهم وملاحظاتهم المناسبة حول قوانين المالية اللاحقة. الأمر الذي يفرض على أعضاء البرلمان التعامل الجدي والمهني مع هذا التقرير، من أجل

---

[381]– تنص المادة 65 من القانون التنظيمي للمالية على أنه "طبقا للفصل 76 من الدستور، يودع مشروع قانون التصفية المتعلق بتنفيذ قانون المالية سنويا بالأسبقية بمكتب مجلس النواب في أجل أقصاه نهاية الربع الأول من السنة الثانية التي تلي سنة تنفيذ قانون المالية المعني".

[382]– المادة 95 من قانون 99–62، مرجع سابق.

[383]– المادة 93 من نفس القانون.

[384]– Hassane Elarafi : Gestion des finances de L'ETAT, Budget, Comptabilité, Trésor, 1ére Edition 2006, Impression, Cana print, Rabat, p: 549.



زيادة فعالية العمل البرلماني من جهة، وتحقيق تمثيلية أحسن و أفضل تعبر عن طموحات المواطنات والمواطنين.

2- التصريح العام بالمطابقة

يعتبر التصريح العام بالمطابقة من أهم التقارير التي يجب أن يرفعها المجلس سنويا إلى البرلمان، على اعتبار أن هذا التقرير يسمح بمقارنة نتائج الحسابات الفردية المقدمة إلى المجلس من طرف المحاسبين العموميين، مع نتائج الحساب العام للمملكة الذي يعده الوزير المكلف بالمالية ويقدمه إلى المجلس[385]، حيث يعتبر هذا التصريح بمثابة شهادة يقدمها المجلس للبرلمان ويمنحه الصورة الحقيقية للحسابات،[386] حول مختلف المخالفات المتعلقة بقواعد الميز انية.

وبما أن التصريح العام بالمطابقة يشمل جميع النتائج المحصل علها بعد المطابقة بين الأرقام الواردة في حسابات المحاسبة الفردية مع الحساب العام للدولة، فإنه من خلال هذا التقرير يتم إثارة ملاحظات تتيح للبرلمانيين تكوين نظرة دقيقة حول مختلف مظاهر تطبيق ميز انية الدولة في مختلف المصالح الوزارية، ومدى تحقق الأهداف المسطرة في القانون المالي، الأمر الذي يمكنهم من مساءلة المسؤولين في الحكومة من جهة، ومن تعميق مناقشاتهم حول البرامج المقدمة في إطار مشاريع قو انين المالية اللاحقة من جهة أخرى[387].

في الو اقع لا يشكل التصريح العام بالمطابقة أي تأثير قانوني أو سياسي، ولا يعد بمثابة جزاءات، وخاصة أنه يأتي متأخرا جدا بالنظر للمدة الزمنية التي يتطلبها لإنجاز كافة الحسابات العامة، ما يفسر حرص المشرع دائما على إرفاقه بمشروع قانون التصفية الذي تقدمه الحكومة للبرلمان من أجل مناقشته والتصويت عليه[388]. ورغم ذلك فإنه (التقرير) يتسم بقوته المعنوية، والتي يرجى من ورائها الحصول على التعديلات والإصلاحات الضرورية التي يجب القيام بها خاصة في مجال تسيير المؤسسات والأجهزة العمومية[389]، والعمل على حكامة ونجاعة التدبير العمومي والمالية العمومية.

---

[385]– المادة 94 من قانون 99–62، مرجع سابق.
[386]– Hassane Elarafi : op, cit , p. 548 :
[387]– أحمد حسون: مرجع سابق، ص: 233.
[388]– أحميدوش مدني: مرجع سابق، ص: 319.
[389]– أحمد حسون: مرجع سابق، ص: 233.



ثانيا: دور المجلس الأعلى للحسابات في دعم وظائف البرلمان

يمكن للهيئة العليا للرقابة على الأموال العمومية أن تقدم مساعدتها للبرلمان في إطار قيامه بوظائفه التشريعية والرقابية والتقييمية... فبالإضافة إلى التقرير حول تنفيذ المالية والتصريح العام بالمطابقة، تقوم المحكمة المالية بإصدار تقارير سنوية وتقارير موضوعاتية، علاوة على الاستشارات التي تُطلب منها والرد على الأسئلة التي تُوجه إليها من طرف البرلمان والحكومة... فضلا على مهامها الرقابية... وكلها آليات يمكنها أن تساعد المؤسسة التشريعية في تأدية ودعم وظائفها المتميزة بالتعدد والتعقد.

وضمن هذا السياق، يعتبر العمل الرقابي على أعمال الحكومة من أهم الاختصاصات الكلاسيكية للبرلمان، وتمتاز الآليات الرقابية لهذا الأخير بالتعدد والتنوع، كالأسئلة البرلمانية بتنوعاتها، ولجان تقصي الحقائق، وفي هذا الإطار يمكن لأعضاء البرلمان توظيف الملاحظات التي ترد في تقارير المجلس الأعلى للحسابات كأداة لمراقبة العمل الحكومي من خلال الأسئلة، خاصة مع تعدد وتشعب اختصاصات السلطة التشريعية، وهو الأمر الذي يشكل إكراها لأعضاء البرلمان للاهتمام بكل التفاصيل، وبالتالي يمكن للملاحظات الواردة في تقارير المجلس أن تكون آلية مساعدة للبرلمانيين من أجل تسليط الضوء أكثر على ميزانية الدولة.

أما لجان تقصي الحقائق، فهي أيضا تلعب أهمية كبيرة في الرقابة على العمل الحكومي خاصة في الجانب المالي، رغم أنه نادرا ما يلجأ البرلمانيون إلى تكوين هذه اللجنة، ويمكن في هذا الصدد، ومن أجل زيادة فعالية هذه الآلية الرقابية، إشراك فاعلين وخبراء تكون لهم دراية كبيرة بموضوع التقصي، مثل إشراك المجلس الأعلى للحسابات إذا كان الموضوع المبحوث فيه له علاقة بمجالات اختصاصاته، عن طريق الاستشارة والاستفسارات لما للمحكمة المالية من خبراء في المجال المالي.

كما أن الاعتماد على تقارير المجلس يمكن أن يكون مفيدا لعمل اللجنة، وخاصة التقرير السنوي حول تنفيذ الميزانية، فإن كان التقرير متضمنا لانحرافات واختلالات يمكن أن يقوم البرلمان بتشكيل لجان تقصي الحقائق، أو على الأقل تعميق مساءلة الحكومة، كإعلان منه عن

موقفه من تلك الاختلالات والتجاوزات التي شابت التدبير المالي العمومي، وهذا من شأنه أن يدعم دور هذا الجهاز الرقابي[390].

عموما فأعمال المجلس وتقاريره يمكن أن تلعب دورا مهما في دعم العمل الرقابي للبرلمان على العمل الحكومي، خاصة وأن الميدان المالي يحتاج إلى متخصصين وتقنيين لما يحتاجه هذا المجال من تدقيق في الأرقام.

ومن ناحية أخرى، ونظرا للأدوار المهمة التي تلعبها اللجان النيابية الدائمة من داخل البرلمان، سواء في التشريع أو المراقبة، باعتبارها برلمانات مصغرة، وكذا قدرتها على جمع المعلومات والوصول إلى مصادرها، حيث يمكن لهذه اللجان أن تطلب الاستماع إلى مسؤولي الإدارات والمؤسسات العمومية....

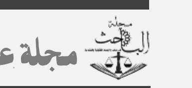
ضمن هذا الإطار، وفي علاقة اللجان النيابية بالمجلس، وطبقا لمقتضيات المادة 81 من النظام الداخلي لمجلس النواب، فإن المجلس الأعلى للحسابات والمجالس الجهوية للحسابات، يدخل ضمن اختصاصات لجنة التشريع وحقوق الإنسان، أما لجنة المالية فهي تختص بالمالية والاستثمار وتأهيل الاقتصاد والخوصصة والمؤسسات العمومية والشؤون العامة والاقتصاد الاجتماعي، وأغلب هذه الاختصاصات تدخل ضمن مهام المجلس الرقابية أيضا، وعليه يمكن لهذه اللجان أن تستفيد من خبرة المجلس ومن التقارير التي ينجزها.

كما تشكل لجنة مراقبة المالية العامة التي تم التنصيص عليها لأول مرة في النظام الداخلي لمجلس النواب لسنة 2013، والتي تم التأكيد عليها في الصيغة الأخيرة للنظام الداخلي لمجلس النواب لسنة 2017 من اللجان الدائمة التي تحتل مكانة مهمة ضمن آليات التعاون بين البرلمان والمجلس الأعلى للحسابات[391]، خاصة أن تقارير هذا الأخير لم تكن تولى لها أهمية كبيرة من داخل البرلمان، وبالتنصيص على لجنة مراقبة المالية العامة في النظام الداخلي لمجلس النواب، وإلزام هذه الأخيرة بدراسة تقارير المجلس، أصبح بإمكان هذه التقارير أن تكون آلية لتطوير العمل الرقابي للبرلمان والاستفادة منها.

---

[390] – أحمد حسون: مرجع سابق، ص: 230.

[391] – تجدر الإشارة أنه لم يتم التنصيص على لجنة مماثلة في النظام الداخلي لمجلس المستشارين.



وتعتبر مراقبة وتتبع الإنفاق العمومي للحكومة، ثم دراسة التقارير الموضوعاتية للمجلس، والتقارير التي يعدها وفقا للفصل 148 من الدستور، من اختصاصات هذه اللجنة، علاوة على أنها تختص في النصوص التشريعية المتعلقة بمراقبة المالية العامة[392]، وهو ما يعني أنه يمكن لهذه اللجنة أن تستفيد من المحكمة المالية من أجل تطوير عملها الرقابي والتشريعي على السواء.

ويمكن القول أن مجلس النواب كان صائبا بإحداثه هذه اللجنة، سيرا على نهج الدول الأنجلوساكسونية خاصة بريطانيا التي تمتلك لجنة مماثلة، تسمى لجنة الحسابات العامة وهي إحدى لجن مجلس العموم وتقوم بدراسة تقارير الهيئة العليا للرقابة على المال العام في بريطانيا.

وضمن سياق أخر، وإذا كانت الأنظمة الداخلية لمجلسي البرلمان قد نصت على إمكانية اللجوء إلى الهيئات الاستشارية وهيئات الحكامة والمؤسسات الدستورية كل حسب اختصاصاتها من أجل طلب الرأي بخصوص المواضيع التي تم تحديدها من أجل تقييمها، فإنه يمكن العمل على تطوير هذه العلاقة في اتجاه قيام هذه المؤسسات بتقييم بعض السياسات التي تدخل ضمن اختصاصات المؤسسات المعنية حتى خارج المواضيع المقترحة للجلسة السنوية ما دام أنه لا يوجد مانع دستوري لذلك، وعلى سبيل المثال، وإذا كانت هناك إمكانية اللجوء إلى المجلس الأعلى للحسابات من أجل تحليل التكلفة المالية للسياسات العمومية، يمكن أيضا التنصيص في الأنظمة الداخلية لمجلسي البرلمان على لجوء الهيئات التشريعية إلى المجلس الأعلى للحسابات من أجل القيام بتقييم بعض السياسات العمومية التي تدخل ضمن اختصاصاته، وذلك انطلاقا مما نص عليه الفصل 148 من الدستور بأن "يقدم المجلس الأعلى للحسابات مساعدته للبرلمان في المجالات المتعلقة بمراقبة المالية العمومية، ويجيب على الأسئلة والاستشارات المرتبطة بوظائف البرلمان في التشريع والمراقبة والتقييم المتعلقة بالمالية العامة..."، فرغم عدم تنصيص القانون رقم 62.99 المتعلق بمدونة المحاكم المالية على وظيفة التقييم (بحكم صدوره سنة 2002)، أي قبل صدور دستور 2011، فإن هذا الأخير أشار إلى وظيفة التقييم في الفصل 148 والتي تدخل ضمن وظائف البرلمان التي يمكن للمجلس الأعلى للحسابات أن يقدم مساعدته بخصوصها، وهو ما ينبغي معه تعديل القانون المتعلق

---

[392] – المادة 81 من النظام الداخلي لمجلس النواب لسنة 2017.

بمدونة المحاكم المالية من أجل توسيع اختصاصات المجلس الأعلى للحسابات والقيام بدور تقييم السياسات العمومية، وكذلك الأنظمة الداخلية لمجلسي البرلمان حتى يتسنى للهيئات التشريعية توسيع دائرة تقييم السياسات العمومية وتطويرها.

وتجدر الإشارة ضمن هذا الصدد، أن مجلس المستشارين ومن خلال نظامه الداخلي في صيغته الأخيرة لسنة 2020 قد حاول تطوير أداوته لتقييم السياسات العمومية، حيث نص في المادة 309 منه على أن، "يتم تقييم السياسات العمومية من قبل المجلس، على الخصوص، من خلال الآليات التالية:

-إنجاز أو طلب إنجاز دراسة تقييمية أو بحث تقييمي أو تقرير تركيبي من الهيئات والمؤسسات الدستورية حسب الاختصاص، حول أي نشاط أو مجال من مجالات السياسات العمومية القطاعية أو المشتركة.

-تنظيم اللجان الدائمة لجلسات إخبارية وجلسات استماع مع السلطات الحكومية المعنية أو المسؤولين عن المؤسسات والمقاولات العمومية بحضور الوزراء المعنيين.

-إعداد أو طلب إعداد آراء تقييمية بناء على معطيات أو بيانات مدققة من الهيئات والمؤسسات الدستورية حسب الاختصاص، حول أساليب التدبير العمومي للسياسة أو السياسات العمومية موضوع التقييم.

-تشكيل لجنة لتقصي الحقائق، أو القيام بمهمة استطلاعية وفق أحكام هذا النظام الداخلي حول و اقع سير المرفق أو المر افق العمومية المكلفة بتطبيق السياسات العمومية للحكومة.

-طلب الحكومة توفير الوثائق والمستندات المرتبطة بالسياسة المراد تقييمها".

ويمكن في هذا الإطار لمجلس النواب أن يذهب في نفس الاتجاه من خلال تعديل نظامه الداخلي، وذلك من أجل تطوير وظائفه سواء الوظيفة التقييمية أو باقي الوظائف خاصة التشريعية والرقابية، خاصة من خلال تعزيز أشكال التعاون بينه وبين المجلس الأعلى للحسابات.

الفقرة الثانية: طرق التعاون بين المجلس الأعلى للحسابات والحكومة

تمارس الحكومة السلطة التنفيذية، وتعمل على تنفيذ البرنامج الحكومي، وعلى ضمان تنفيذ القوانين، والإدارة موضوعة تحت تصرفها، بالإضافة أنها تمارس الإشراف والوصاية على المؤسسات والمقاولات العمومية[393].

فإذا كانت الحكومة من هذا المنطلق هي المخولة لإدارة شؤون المواطنين والأموال العمومية، فمن الضروري أن تخضع للمساءلة والمحاسبة عن جميع أعمالها، ما يضمن حسن تنفيذها لمختلف اختصاصاتها، هكذا يتم إخضاع أعمال الحكومة في الدول الديمقراطية لرقابة الأجهزة العليا للرقابة المالية، وتعتبر هذه الرقابة أحد أشكال العلاقة بين الهيأة العليا للرقابة المالية والحكومة، حيث تتم مساءلة هذه الأخيرة عن طريق الأسئلة والاستفسارات المتعلقة بأعمالها، كما تقوم بذلك عن طريق الأبحاث التي تقوم بها حول التدبير الحكومي، والمؤسسات والأجهزة الخاضعة لها، وبعد ذلك تقوم بإصدار أحكام وتقارير تقوم بتقييم العمل الحكومي.

تبعا لذلك، وإذا كانت الحكومة تتكون من الوزراء، فهؤلاء يعتبرون آمرين بالصرف بحكم القانون فيما يتعلق بمداخيل ونفقات وزارتهم، وكذا بالنسبة لتنفيذ الميزانيات الملحقة وميزانيات مصالح الدولة المسيرة بصورة مستقلة التابعة لوزارتهم، بالإضافة إلى الحسابات الخصوصية للخزينة المسندة لهذه الوزارات[394]. من هذا المنطلق يمكن اعتبار الوزراء مسؤولون عن أعمالهم، فهم مسؤولون سياسيا أمام البرلمان ورئيس الدولة، كما أنهم مسؤولون جنائيا أمام محاكم القضاء العادي طبقا للفصل 94 من الدستور، بالإضافة إلى مسؤوليتهم أمام المجلس الأعلى للحسابات، وتتضح هذه المسؤولية من خلال التقارير التي يصدرها المجلس سواء التقارير السنوية حول تنفيذ الميزانية، أو التقارير الأخرى التي يصدرها حول أعمال الحكومة.

لكن ما يلاحظ بهذا الصدد، ورغم المكانة الأساسية التي يحتلها الآمر بالصرف الرئيسي في مجال تنفيذ الميزانية، فقد استثنى المشرع المغربي أعضاء الحكومة من المسؤولية في مجال التأديب المالي أمام المحاكم المالية، في حين نجد الفصل 94 من الدستور يحملهم المسؤولية الجنائية أمام المحاكم العادية عما يرتكبون من جنح وجنايات أثناء ممارستهم لمهامهم.

---

[393]– الفصل 89 من الدستور.

[394]– أحمد حسون: مرجع سابق، ص: 235.

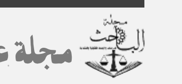
من جهة أخرى، فالأجهزة العليا للرقابة المالية لا تراقب فقط مشروعية العمل المالي العمومي، و إنما تقوم أيضا بالاهتمام بالفعالية، أي تقييم السياسة المتبعة من طرف الحكومة حول مدى فعاليتها ووصولها للهدف المنشود، فقد تكون كل أعمال الحكومة في إطارشرعي دون إخلال بالمال العام، لكن النتائج والفعالية المتوخاة تكون ضعيفة أو منعدمة، ورقابة التسيير التي يقوم بها المجلس ما هي إلا أحد أوجه هذا النوع من الرقابة حول كيفية التسيير والإدلاء بالمقترحات اللازمة، وفي إطارالمساعدة التي تقدمها المحكمة المالية للحكومة المنصوص عليها في الدستور، يجوزللمجلس أن يدرج في برامج أعماله وبطلب من رئيس الحكومة، مهام لتقييم البرامج والمشاريع العمومية أولمراقبة تسييرأحد الأجهزة الخاضعة لمراقبته[395].

ويعد أسلوب المذكرات الاستعجالية أسلوب آخر يوضح العلاقة بين الحكومة والهيئة العليا للرقابة المالية، "فقد يستدعي تفشي بعض الظواهر المرضية في تدبيرالمالية العامة، أو حدوث مستجد استعجالي لم تعره الأجهزة الحكومية انتباهها، تحرك المجلس من أجل توجيه مذكرة استعجالية عن طريق الرئيس الأول، الذي يتوجب عليه بناء على طلب المجلس مراسلة أعضاء الحكومة المعنيين من أجل اتخاذ تدابير استعجالية في هذا الشأن، على أن تكون المذكرة محررة بطريقة محكمة وتستجيب للمعايير المتعارف عليها في هذا الصدد"[396]، وقد نصت المادة 11 من قانون 99-62 في هذا الإطارعلى أنه "يجوزللرئيس الأول أن يقدم في جميع القضايا التي تدخل في مجال اختصاصات المجلس، ملاحظاته و اقتراحاته إلى السلطات الحكومية المختصة بواسطة مذكرات استعجالية، ويخبربالإجراءات التي تتخذ في شأنها وتدرج عند الاقتضاء، في تقرير المجلس. ويلزم الأشخاص الذين توجه إليهم المذكرات الاستعجالية بالإجابة عليها في أجل ستين يوما. ويوجه الرئيس الأول نسخا من مجموع المذكرات الاستعجالية والأجوبة المتعلقة بها إلى رئيس الحكومة والوزيرالمكلف بالمالية. ويعهد في كل وزارة إلى موظف سام له على الأقل رتبة مدير الإدارة المركزية بمهمة تتبع الإجراءات المتخذة بشأن المذكرات الاستعجالية للرئيس الأول، ويبلغ هذا التعيين إلى المجلس".

---

[395]- المادة 96 من قانون 99-62، مرجع سابق.

[396]- محمد براو: الوسيط في شرح مدونة المحاكم المالية -الكتب الثلاثة- الطبعة الأولى 2012، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، ص: 373.



إن المذكرة الاستعجالية هي متابعة غير قضائية، تتناول المشروعية والاستخدام الأفضل للأموال العمومية من طرف الآمرين بالصرف والمستخدمين، وتخصص مبدئيا تقنية المذكرة الاستعجالية للمخالفات الأكثر جسامة، أو الأكثر تكرارا، كل مرة وترى المحكمة المالية من الضروري القيام بإصلاح من شأنه إنهاء الاختلال في المستقبل، كما تسمح أيضا بضمان احترام القواعد الكبرى للقانون المالي، و أيضا المبادئ العامة للميزانية[397].

تبعا لذلك، وعلى الرغم من أهمية المذكرات الاستعجالية باعتبارها مسطرة من النظام العام، فيمكن اعتبارها قرارا ذو طابع تهديدي، وعليه تعد قرارا محروما من الأثر القانوني الإلزامي، وضمن هذا الصدد، "وإذا كان المجلس قد وجه عدة مذكرات استعجالية بواسطة رئيسه الأول همت قضايا مهمة كتركيم أجر عام مع معاش التقاعد أو الصفقات العمومية ولا سيما غياب أنظمة خاصة بها في المؤسسات العمومية، فإن قضية تسنيد الرهون الواردة في التقرير السنوي 2008، تستدعي وقفة خاصة، نظرا لدقتها وحساسيتها، ونظرا للجواب الذي قدمته وزارة المالية في هذا الخصوص، والذي ركز على أن الأمر لا يستدعي كل ذلك التهويل الوارد في مذكرة المجلس، و أنه لا يجوز القياس مع وجود الفارق على التجربة الأمريكية، كما أنه لا ينبغي إغفال دور السلطات النقدية في ضمان كافة أشكال الحيطة والمتابعة والمراقبة"[398].

عموما، تلعب المذكرات الاستعجالية دورا مهما في تعزيز التدبير العمومي، وتوجيه العمل الحكومي... غير أنه لا بد من العمل على منح قيمة قانونية قوية لهذه المذكرات لتكون ذات فعالية في الرقابة على العمل الحكومي.

من جهة أخرى "يعتبر تقديم الاستشارة القانونية المالية من بين أشكال التعاون بين المجلس والحكومة، فعلى الرغم من عدم ورود نص صريح في المدونة يقنن هذا الاختصاص الاستشاري المتعارف عليه عالميا، والمنصوص عليه في عدد كبير من نصوص الأجهزة العليا للرقابة المالية في دول العالم، والتي تنص على الحق والواجب في استشارة البرلمان من باب أولى، أو الحكومة للجهاز الأعلى للرقابة المالية في كل ما يتعلق بالشؤون القانونية المالية، على الرغم من ذلك فإن هذا الاختصاص يمارسه المجلس عمليا في الدولة، لا بل إن الأمانة العامة للحكومة نفسها تلتمس رأي المجلس الفني في اقتراحات ومشاريع القوانين ذات الصلة بالشأن المالي

397– أحمد حسون: مرجع سابق، ص:241.

398– محمد براو: مرجع سابق، ص: 373.



العمومي"[399]. كما تجدر الإشارة أنه في هذا الإطار ينص الفصل 148 من الدستور على أن "...يقدم المجلس الأعلى للحسابات مساعدته للحكومة، في الميادين التي تدخل في نطاق اختصاصاته بمقتضى القانون..."، بمعنى أنه ينبغي العمل على تعديل المدونة من أجل أن تتو افق والنص الدستوري وتقنين العمل الاستشاري للمجلس.

الفقرة الثالثة: علاقة المجلس الأعلى للحسابات مع الهيئات القضائية

وفق مقتضيات الفصل 148 من الدستور المغربي، فإن المجلس يقدم مساعدته للهيئات القضائية، إلا أن ما يلاحظ بهذا الخصوص، هو أن المشرع الدستوري لم يوضح طبيعة هذه المساعدة وفي أي إطار، ولا الهيئات القضائية المقصودة، عكس البرلمان والحكومة، حيث كان صريحا على مساعدة المجلس للبرلمان والحكومة في المجالات المتعلقة بالمالية العامة، بل وضح نسبيا آليات المساعدة من خلال مجموعة من المقتضيات القانونية والتي سبقت الإشارة إليها.

تبعا لذلك سأحاول التطرق إلى طبيعة العلاقة بين المجلس الأعلى للحسابات وباقي الهيئات القضائية من خلال التطرق إلى علاقة المجلس بالقضاء العادي (أولا)، ثم علاقته بالقضاء الإداري (ثانيا)، وكذا علاقته بالقضاء الدستوري (ثالثا)، وعلاقته بمحكمة النقض (رابعا)، وأخيرا علاقته بالمجالس الجهوية للحسابات (خامسا).

أولا: علاقة المجلس الأعلى للحسابات بالقضاء العادي

يلعب القضاء العادي دورا مهما في حماية المال العام عبر صلاحياته التي يتوفر عليها بمقتضى مجموعة من النصوص القانونية سواء في القانون الجنائي أو القانون المدني... فالمحاكم العادية لها صلاحية إصدار أحكام زجرية ضد الموظفين بجميع أصنافهم، كلما كانت المخالفات التي قاموا بها، أثناء أداء مهامهم، أو خارج أداء مهامهم قد ألحقت أضرارا بالمال العام، وتقع تحت طائلة القانون الجنائي أو المدني.

ويتدخل القانون المدني والقانون الجنائي لإضفاء الحماية على المال العام من خلال تقرير عدد من القواعد والمبادئ، مثل عدم جواز التصرف في المال العام، وعدم جواز اكتسابه بالتقادم، وعدم جواز الحجز عليه، وتقرير جزاءات على سوء استغلاله. كما يبسط القانون الجنائي بشكل خاص حمايته على المال العام بقواعد قانونية زجرية تعاقب على كل صور

399– نفس المرجع، ص: 379.

العدوان عليه من أي كان، سواء من عموم الأشخاص أو من القائمين على تدبيره والتصرف فيه[400].

فبقراءة المقتضيات القانونية الجنائية المتعلقة بحماية المال العام، نجد مجموعة من النصوص التي تنص على العقوبات المتعلقة بجرائم المال العام، ويمكن أن تصل العقوبات المتعلقة باختلاس أو احتجاز أو إخفاء أموال عمومية إلى 20 سنة[401]. ولقد نظم القانون الجنائي الجرائم المالية المتعلقة بالاختلاس والغدر الذي يرتكبه الموظفون العموميون في الفصول من 241 إلى 247، وخصص الفصول من 248 إلى 256 بالعقوبات المتعلقة بالرشوة واستغلال النفوذ.

فتورط أي موظف عمومي في أي نوع من هذه الجرائم المنصوص عليها في الفصول من 241 إلى 256 من القانون الجنائي، يعاقب طبقا لها، وتنقسم هذه العقوبات إلى قسمين، جنايات تتراوح العقوبة فيها من 5 إلى 20 سنة بالنظر إلى قيمة المبالغ المتحصلة من ارتكاب الجريمة بحيث تفوق 100 ألف درهم، أو صفة الفاعل. وجنايات تتراوح العقوبة فيها من ستة أشهر إلى خمس سنوات، بالنظر إلى قيمة المبالغ المتحصلة من ارتكاب الجريمة وهي أقل من 100 ألف درهم، فالقسم الأول ينعقد الاختصاص فيها لأقسام متعلقة بجرائم المال العام بكل من محاكم الاستئناف المتواجدة بالرباط والدار البيضاء وفاس ومراكش[402]، فيما يبقى الاختصاص بالنسبة للقسم الثاني للمحاكم الابتدائية، رغم صعوبة تحديد قيمة المبالغ المتحصلة، الأمر الذي يؤدي إلى تعقيد مهمة تحديد وإسناد جهة الاختصاص في الجرائم المالية.

400- أحمد حسون: مرجع سابق، ص: 186.

401- الفصل 241 من الظهير الشريف رقم 413-59-1 صادر في 28 جمادى الثانية 1382 (26نونبر 1962) بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي، الجريدة الرسمية عدد 2640 مكرر بتاريخ 12 محرم 1383 (5 يونيو 1963)، صيغة محينة بتاريخ فاتح يونيو 2015.

402- ظهير شريف بمثابة قانون رقم 338-74-1 بتاريخ 24 جمادى الثانية 1394 (15يوليوز 1974) يتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة، الجريدة الرسمية عدد 3220 بتاريخ 26 جمادى الثانية 1394 (17 يوليوز 1974)، صيغة محينة بتاريخ 26 أكتوبر 2011، الفصل السادس منه.

- مرسوم رقم 445-11-2 صادر في 7 ذي الحجة 1432 (4نونبر 2011)، بتحديد عدد محاكم الاستئناف المحدثة بها أقسام للجرائم المالية وتعيين دوائر نفوذها، الجريدة الرسمية عدد 5995 الصادرة بتاريخ 17 ذي الحجة 1432 (14نوفمبر 2011).

TEL + 212 771394949 www.allbahit.com Majalatlbahit2017@gmail.com

أما تحريك الدعوى العمومية في الجرائم المالية، فتبقى النيابة العامة هي الفاعل والمحرك الرئيسي لها، علاوة على المتضرر من الجريمة وكذا للجهات التي عهد لها القانون بذلك.

بناء على ما سبق، فإن القضاء العادي يلعب دورا مهما في حماية المال العام، وذلك من خلال مقتضيات نصوص القانون الجنائي والمدني... وتطبيقها على جرائم المال العام. وبناء على نفس المقتضيات يمكن تحديد طبيعة العلاقة بين القضاء العادي والمحكمة المالية، فالأول يتولى زجر الأفعال بمقتضى القانون الجنائي، والتي تمس الأموال والمصالح العمومية بصفة عامة، والثانية مهمتها الأساسية هي حماية الأموال العمومية والسهر على مراقبة تدبيرها تدبيرا يراعي تحقيق الصالح العام، حيث يعتبر التأديب المالي شكلا من أشكال الاستخدام المزدوج في عمل القضاء المالي والجنائي مادام يستهدف زجر كل مخالفة للقواعد المنظمة للمالية العمومية[403].

ضمن نفس السياق، يتضح من خلال استحضار بعض المخالفات المنشئة للمسؤولية أمام المحاكم المالية في ميدان التأديب المالي، كحصول منفعة غير مبررة نقدية أو عينية، الأمر باستخلاص أموال غير مشروعة أو تتجاوز ما هو مشروع، إخفاء المستندات أو الإدلاء إلى المحاكم المالية بأوراق مزورة أو غير صحيحة أو عدم الوفاء تجاهلا أو خرقا... إن هذه النماذج من المخالفات الواضحة لقواعد الانضباط المالي والمحاسبي تتقاطع مع جرائم الاختلاس والغدر واستغلال النفوذ والزور بمختلف أنواعه... المعروفة في القانون الجنائي، هكذا تتضح أوجه التقاطع بين المسؤولية في ميدان التأديب المالي والمسؤولية الجنائية، وبالتالي تداخل الاختصاص بين هذين الجهازين القضائيين.

فإذا كان للمجلس الأعلى للحسابات سلطة إصدار القرارات، فإن سلطته تتوقف عند حدود المخالفات الإدارية والمالية المحددة حصريا في مدونة المحاكم المالية، أما فيما يخص الجرائم المالية، فإن المجلس يتوفر فقط على صلاحية اكتشافها، ثم إحالتها إلى جهات الاختصاص لإصدار القرارات اللازمة بشأنها، كما أن العقوبات التي يصدرها المجلس عقوبات مالية فقط، ولا تعفي المتابع من العقوبات الحبسية إذا كانت الأفعال التي قام بها تدخل في نطاق القانون الجنائي.

---

[403]– أحمد حسون: مرجع سابق، ص: 187.



تبعا لذلك يمكن أن نستشف العلاقة بين المحاكم العادية والمجلس، وحيث وفقا لمقتضيات المادة 111 من قانون 99-62، فإنه لا تحول المتابعات أمام المجلس دون ممارسة الدعوى التأديبية والدعوى الجنائية، وإذا اكتشف المجلس أفعالا من شأنها أن تستوجب عقوبة تأديبية، يخبر الوكيل العام للملك بهذه الأفعال باعتباره السلطة التي لها حق التأديب بالنسبة للمعني بالأمر، بدوره الوكيل العام للملك يخبر المجلس خلال أجل ستة أشهر في بيان معلل بالتدابير التي اتخذها، أما إذا كان الأمر يتعلق بأفعال يظهر أنها قد تستوجب عقوبة جنائية، يرفع الوكيل العام للملك الأمر من تلقاء نفسه أو بإيعاز من الرئيس الأول إلى وزير العدل قصد اتخاذ ما يراه ملائما، ويخبر بذلك السلطة التي ينتمي إليها المعني بالأمر، ويخبر وزير العدل المجلس بالتدابير التي اتخذها".

هكذا يتضح أن الوكيل العام للملك هو عبارة عن وسيط وهمزة وصل في إطار العلاقة القائمة بين المجلس والمحاكم العادية، خاصة حين تثبت في حق المتقاضين أمام المجلس أفعال تستوجب في حقهم عقوبة جنائية، إذ يتولى الوكيل العام للملك رفع القضية من تلقاء نفسه أو بطلب من الرئيس الأول إلى وزير العدل[404].

بناء على هذا الأساس فإن المجلس يقوم بتقويم وتقدير المسؤولية المالية التي يتحملها المحاسب العمومي من حيث تسيير وتدبير الأموال العمومية، وبعد ذلك يتم الإعلان عن التسيير الفعلي، أما اختصاص معاقبة المتهمين فيعود للمحاكم العادية[405].

وعكس التجارب المقارنة في الرقابة العليا على المال العام، التي أثبتت أن العلاقة بين الأجهزة العليا للرقابة المالية وبين القضاء العادي تكون في اتجاهين أي من المحاكم المالية إلى وزير العدل، ومن هذا الأخير إلى المحاكم المالية، فإن المادة 111 من المدونة حددت العلاقة بين المجلس والمحاكم العادية في اتجاه واحد من المجلس إلى وزير العدل بخصوص الوقائع المفترض إنشاؤها للمسؤولية الجنائية التي وقف عليها قضاة المحاكم المالية، والتي يكتفي فيها وزير العدل بواجب الإخبار بمآلها دون تحديد أجل معين، لذلك ينبغي العمل على الاستفادة من التجارب المقارنة وتفعيل وتقنين العلاقة بين المحكمة المالية والقضاء العادي لتكون في اتجاهين[406].

---

[404]– أحميدوش مدني: مرجع سابق، ص: 335.

[405]– المرجع نفسه.

[406]– محمد براو: مرجع سابق، ص: 383.

خاصة أن الواقع يثبت أن الملفات الجنائية الرائجة بالمحاكم العادية ذات العلاقة بالمال العام أو بالموظفين والأعوان العاملين بالأجهزة العمومية الخاضعة لمراقبة المحاكم المالية، تتوفر أيضا على عناصر وقرائن قد تكون منشئة للمسؤولية التأديبية المالية وكذا التسيير بحكم الواقع، في الحالات غير القابلة للتكييف جنائيا، وهنا يجب على المحاكم العدلية إحالة الملف مباشرة إلى المجلس المختص قصد القيام بالإجراءات اللازمة[407].

من ناحية أخرى، وإذا كان في الغالب أن المحاكم العادية ذات الصلة بجرائم المال العام، تحتاج إلى معلومات تفصيلية أو وثائق، أو مستندات تتوفر عليها المحاكم المالية، فهذه الأخيرة بدورها قد تحتاج إلى التواصل والتعاون من المحاكم العادية، بخصوص الملفات التي قد يتوقف فيها إجراء المتابعة إلى حين صدور الحكم الجنائي، أو بخصوص الحصول على معلومات أو قرارات جنائية تتضمن مبالغ مالية ينبغي أخذها بعين الاعتبار في تقدير العقوبة التأديبية المالية أو الغرامة في ميدان التسيير بحكم الواقع، من هنا ينبغي تقنين طلب وتبادل الوثائق والمعلومات بين المحاكم المالية والعادية[408].

ثانيا: علاقة المجلس الأعلى للحسابات بالقضاء الإداري

تم إنشاء المحاكم الإدارية بمقتضى القانون رقم 90-41[409]، وخلق هذا النوع من القضاء كان أساسا لتأمين حقوق الأفراد في مواجهة الإدارة، أي جاء للحد من أي تعسف أو تجاوز يمكن أن يأتي من طرف الإدارة في علاقتها بالأفراد.

فصون القاعدة القانونية والحفاظ عليها من طرف القاضي الإداري بتطبيق القانون هو أساس إحداث المحاكم الإدارية، أما ما يتعلق بالمال فليس هناك أي إشارة واضحة في القانون المحدث للمحاكم الإدارية لحماية المال العام من طرف هذه المحاكم، إلا أنه ضمنيا يعتبر صون القاعدة القانونية في ذات الوقت حفاظا على المال العام.

---

[407]– المرجع نفسه.

[408]– المرجع نفسه.

[409]– ظهير شريف رقم 225-91-1 صادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 شتنبر 1993) بتنفيذ القانون رقم 90-41 المحدث بموجبه محاكم إدارية، الجريدة الرسمية عدد4227 بتاريخ 18 جمادى الأول 1414 (3 نونبر 1993) ص:2168.

كما أنه ورغم أن القضاء الإداري جاء لحماية الأفراد، إلا أنه لم يذهب إلى حد الشطط في حماية حقوق الأفراد، والتضحية بحقوق الإدارة، وإنما عمل على الموازنة بين المصلحتين العامة والخاصة. وفي حالة التعارض بينهما اهتدى القضاء الإداري باعتبار دوره الإنشائي للمبادئ القانونية، إلى ترجيح الأولى على الثانية، كما أن هامش الاجتهاد الممنوح له دفعه إلى إقرار مبدأ حماية المال العام[410].

إن طبيعة الحماية التي يوفرها القضاء الإداري للمال العام تتجلى في مراعاته للمنفعة العامة التي يستهدفها المال العام، وذلك خلال بته في المنازعات المرتبطة بذلك المال، حيث يستند على بعض القواعد الاجتهادية لتأمين تلك الحماية بدون هدر لحقوق الأفراد، علما أن أغلب الاختصاصات المسندة إلى المحاكم الإدارية لها ارتباط مباشر بالمال العام[411].

إن القاضي الإداري في تعامله مع القضايا المثارة أمامه يحاول التوفيق والحفاظ على المصلحة العامة والخاصة، ثم الحفاظ على المال العام، وتجدر الإشارة هنا أن القاضي الإداري لا يتدخل تلقائيا لحماية المال العام، وإنما يمارس ذلك الدور حين عرض المنازعات الإدارية عليه، وبمناسبة النظر في هذه المنازعات تطرح عليه إشكالية التوفيق بين الحفاظ على المال العام وحمايته، وبين حماية الأفراد من تعسف وشطط الإدارة، وخاصة أن الغاية التي أنشئ من أجلها القضاء الإداري، وكذا طبيعة المنازعات الإدارية تقتضي من القاضي الإداري إيلاء عناية خاصة بحقوق الأفراد، طالما أنهم يوجدون في منزلة غير متكافئة مع الإدارة[412].

فالقاضي الإداري ملزم خلال ممارسته لمهامه بالتقيد بمبادئ الشفافية واحترام القانون والمصلحة العامة وتكريس اجتهادات قضائية تروم إرساء قواعد الحكامة الجيدة وضمان الأمن المالي، حيث أنه إذا كانت الأسباب التي تحكمت في إحداث قضاء إداري متخصص ترتبط في مجملها بقضية إعادة النظر في العلاقة التي تحكم الدولة بمواطنيها تدعيما لدولة القانون، وذلك من خلال تأمين حقوق الأفراد من كل تجاوز أو تعسف محتمل من السلطات الإدارية[413]، غير أن

410– عبد الحق أخو الزين: "دور المحكمة الإدارية بالرباط في حماية المال العام"، مستجدات تنظيم المالية العمومية على ضوء دستور 2011، منشورات مجلة العلوم القانونية، العدد الأول 2014، مطبعة الأمنية، ص:48.

411– نفس المرجع، ص: 50.

412– عبد الحق أخو الزين: مرجع سابق، ص: 53.

413– نفس المرجع، ص: 47.

ذلك لم يمنع القضاء الإداري أثناء القيام بمهامه السالفة الذكر من حماية المال العام، وخاصة في القضايا ذات الارتباط بالمال العمومي، من خلال مراعاته للمنفعة العامة التي يستهدفها المال العام.

أما فيما يتعلق بالعلاقة بين المحاكم المالية والقضاء الإداري، فليس هناك أي تنصيص صريح في النصوص القانونية بخصوص طبيعة هذه العلاقة، على عكس علاقة المحاكم المالية بالقضاء العادي المحددة في المادة 111 من قانون 99-62، إلا أنه يمكن أن نستشف نقط التقاطع بين الجهازين من خلال الاختصاصات المخولة لهما، ورغبة الجهازين في حماية المال العام.

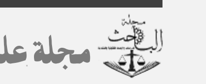
تبعا لذلك، وإذا كانت المحاكم الإدارية ومن خلال المادة 44 من قانون إحداث المحاكم الإدارية، تقوم بتقدير شرعية القرارات الإدارية المرتبطة بنزاعات معروضة على المحاكم الأخرى... فإن المشرع أناط نفس المهمة بالمحاكم المالية بحيث تختص في تقدير شرعية القرارات الإدارية المتخذة من قبل الأجهزة الخاضعة لرقابتها، وذلك لترتيب مسؤوليتهم عما يرتكبون من مخالفات[414]، ولاسيما تلك المنصوص عليها في البنود الثلاثة الأولى من المادة 54 من المدونة[415]. هكذا إذا كان قضاء المحاكم المالية يمارس سلطة التأديب المالي على الآمرين بالصرف والمحاسبين العموميين، فإن المحاكم الإدارية تمارس رقابة المشروعية بالنسبة لأعمال الإدارة.

من بين نقط التقاطع أيضا مسألة الانتخابات، فإذا كان القاضي الإداري يراقب صحة الانتخابات، فالقاضي المالي يهتم بفحص النفقات المتعلقة بالعمليات الانتخابية، كما تعتبر المنازعات الضريبية والصفقات العمومية والقرارات المتعلقة بقواعد المحاسبة العمومية من أهم المجالات المالية التي يختص فيها القضاء الإداري[416].

414– هشام الحسكة: "الوظيفة العقابية للمجالس الجهوية ورهان الحكامة المالية الترابية –اختصاص التأديب المالي نموذجا–"، مستجدات تنظيم المالية العمومية على ضوء دستور 2011، منشورات مجلة العلوم القانونية، العدد الأول 2014، مطبعة الأمنية، ص: 42.

415– يتعلق الأمر بمخالفة قواعد الالتزام بالنفقات العمومية وتصفيتها والأمر بصرفها، ثم عدم احترام النصوص التنظيمية المتعلقة بالصفقات العمومية، وكذلك مخالفة النصوص التشريعية والتنظيمية الخاصة بتدبير شؤون الأعوان والموظفين.

416– أحمد حسون: مرجع سابق، ص: 204.



فإذا كان القضاء الإداري مثلا يقوم بالنظر في المنازعات التعاقدية المتعلقة بالصفقات العمومية، فإن القضاء المالي يضمن مراقبة مقتضيات مدونة الصفقات العمومية، ويصبح هذا المجال مجالا للتنافس بين القضاء المالي والقضاء الإداري[417]، غير أن الأول يتدخل بشكل تلقائي، عكس الثاني الذي لا يتدخل بشكل تلقائي وإنما أثناء عرض القضايا عليه، فهو في هذه الحالة إلى جانب حمايته للمشروعية، يقوم بحماية المال العام.

ومن ناحية أخرى، تطرح إمكانية تدخل القضاء الإداري للنظر في مدى احترام القضاة الماليين للقانون في تقدير مشروعية تلك القرارات، حيث تطرح مسألة مدى إلزامية مقتضيات المادة 44 من قانون إحداث المحاكم الإدارية لقضاة المجلس، فحسب مقتضيات هذه المادة "فإذا كان الحكم في قضية معروضة على محكمة عادية غير زجرية يتوقف على تقدير مشروعية قرار إداري، وكان النزاع في مشروعية القرار جديا، يجب على المحكمة المثار أمامها النزاع أن تؤجل الحكم في القضية، وتحيل تقدير مشروعية القرار الإداري محل النزاع إلى المحكمة الإدارية أو إلى محكمة النقض، أما بالنسبة للمحاكم الزجرية فلها كامل الولاية لتقدير مشروعية أي قرار إداري وقع التمسك به أمامها سواء باعتباره أساسا للمتابعة، أو باعتباره وسيلة من وسائل الدفاع.

فكلما تشبث أحد المتقاضين بمشروعية قرار إداري اعتبرته هيئة المجلس الأعلى للحسابات مخالف للقانون يلزم توقيف البت في القضية المعروضة على المجلس، وإحالة الأمر على المحكمة الإدارية المختصة، ويلتزم القضاة الماليون بما تقرره هذه الأخيرة[418].

ثالثا: علاقة المجلس الأعلى للحسابات بالقضاء الدستوري

على غرار القضاء الإداري، لم تنظم مدونة المحاكم المالية طبيعة العلاقة بين القضاء الدستوري والقضاء المالي، إلا أنه من خلال اختصاص كل من المحكمة الدستورية والمجلس الأعلى للحسابات، يمكن أن نستشف مجموعة من نقط التداخل بين الجهازين.

فإذا كانت المحكمة الدستورية تنظر في مدى دستورية القوانين المالية والقوانين التنظيمية للمالية، فإن المجلس يحاول مراقبة مدى مشروعية التصرف المالي أثناء دخولهما حيز التنفيذ وبالتالي مدى مطابقة الممارسات المالية للآمرين بالصرف والمحاسبين العموميين

[417]– المرجع نفسه.

[418]– أحمد حسون: مرجع سابق، ص: 206.



للقانون، ويبدو ذلك جليا من خلال التقرير السنوي لتنفيذ القانون المالي، وكذا التصريح العام بالمطابقة، أي أن القضاء الدستوري يلعب دورا مهما في حماية المال العام من خلال الرقابة السابقة على دستورية القوانين، في حين يمارس القضاء المالي نوعا من الرقابة اللاحقة على مشروعية التصرفات المالية بعد تنفيذ القوانين المالية.

من جهة أخرى هناك مجال آخر للتداخل بين المحكمة الدستورية والمجلس الأعلى للحسابات، وهو الانتخابات، فإذا كانت المحكمة الدستورية تتولى النظر في المنازعات الانتخابية، فإن المجلس يتجلى دوره في مراقبة التمويلات غير المشروعة للأحزاب السياسية بصفة عامة وللحملات الانتخابية لهذه الأحزاب بصفة خاصة.

من جهة أخرى يعتبر القاضي الدستوري هو قاضي المشروعية المالية للانتخابات، مشروعية حسابات الحملة الانتخابية[419].

علاوة على ذلك، يقوم القاضي الدستوري بدور المؤول للقانون التنظيمي للمالية، وبالتالي يعد حارسا لاحترام مبادئ تدبير مالي عمومي صحيح، دور يدفعه أحيانا لتعديل دلالة بعض المقتضيات ذات الطابع المالي بالطريقة التي تجعلها متطابقة مع مبادئ الميزانية الكبرى ذات الحمولة الدستورية، وفي هذا الإطار، يتضح من خلال الاجتهاد القضائي الفرنسي، أن قراءة القانون التنظيمي للمالية لا يكفي لوحده، لأن أغلب فصول القانون التنظيمي لا يمكن تحليلها إلا على ضوء قرارات المجلس الدستوري، وضمن هذا السياق، يمكن للقاضي المالي الاسترشاد بالاجتهاد الدستوري في مجال تطبيق القاعدة القانونية المالية[420]. وفي هذه الحال، فإن القاضي الدستوري لا يقوم فقط بالرقابة على مدى دستورية القوانين، وإنما يلعب أيضا دور المفسر للقواعد القانونية، ففي العديد من الأحيان تكون بعض القواعد غامضة أو تحتمل عدة تفسيرات وتأويلات، نتيجة ضعف الصياغة، أو أخطاء في الترجمة... وهنا يأتي دور السلطة أو المؤسسة التي تم تخويلها حق تفسير النصوص القانونية، حيث يعتبر القضاء الدستوري أهم مؤسسة قادرة على القيام بهذه المهمة.

رابعا: علاقة المجلس الأعلى للحسابات بمحكمة النقض

---

[419]- نفس المرجع، ص: 208.

[420]- أحمد حسون: مرجع سابق، ص: 207.



محكمة النقض هي أعلى وحدة في هرم التنظيم القضائي المغربي، وتم إحداثها بموجب الظهير الشريف رقم 223-57-1[421]، وكانت تسمى آنذاك بالمجلس الأعلى، إلا أنه تم تغيير هذه التسمية بمقتضى الفصل 115 من دستور2011، وكذا بمقتضى الظهير الشريف رقم 170-11-1[422]، لتصبح تسميتها محكمة النقض، حيث نص الظهير المشار إليه على تغيير عبارة المجلس الأعلى وإحلال محلها عبارة محكمة النقض في جميع النصوص التنظيمية والتشريعية.

أما فيما يخص العلاقة بين محكمة النقض والمجلس الأعلى للحسابات فهي علاقة قانونية، تتجلى في إمكانية الطعن بالنقض في القرارات النهائية التي يصدرها استئنافيا المجلس الأعلى للحسابات، حيث يحق للمحاسب العمومي أولذوي حقوقه بصفة شخصية أو بواسطة وكيل أن يمارسوا الطعن بالنقض أمام محكمة النقض داخل أجل ستين يوما الموالية لتاريخ تبليغ القرار النهائي الصادر استئنافيا عن المجلس، إذا رأوا أن هناك خرقا للقانون أو عدم احترام الإجراءات الشكلية أو انعدام التعليل أو عدم اختصاص المجلس. كما يخول نفس الحق لكل من وزير المالية والوزير المعني بالأمر، والوكيل العام للملك، والخازن العام للمملكة، وإلى الممثلين القانونيين للأجهزة العمومية داخل نفس الآجل[423].

يتضح مما سبق أن المشرع المغربي قد منح لمحكمة النقض اختصاصا مهما يتعلق بمراقبة قضاة الحسابات على الخصوص، والمجلس الأعلى للحسابات بصفة عامة، وتجدر الإشارة أن هذا الاختصاص الذي تمارسه محكمة النقض لا يعتبر اختصاصا قضائيا شكليا، بل هو اختصاص مهم وأساسي –ولو أنها مهمة إضافية- سيؤدي لا محالة إلى تعبئة داخلية لمحكمة النقض في انتظار توفر المجلس من الناحية العملية على إمكانيات ووسائل مادية وبشرية والتي ستدفع به إلى القيام بمهامه على أحسن وجه، ومن ثم سيؤدي إلى وضع وإرساء قواعد أسس

---

[421]– ظهير شريف رقم 223–57–1 في2 ربيع الأول 1377 (27 سبتمبر 1957)، يتعلق بالمجلس الأعلى، الجريدة الرسمية عدد 2347 الصادرة بتاريخ 23 ربيع الأول 1377 (18 أكتوبر 1957).

[422]– ظهير شريف رقم 170–11–1 صادر في 27 من ذي القعدة 1432 (25 أكتوبر 2011)، بتنفيذ القانون رقم 11–58 المتعلق بمحكمة النقض، المغير بموجبه الظهير الشريف رقم 223–57–1 الصادر في 2 من ربيع الأول 1377 (27 سبتمبر 1957)، بشأن المجلس الأعلى، الجريدة الرسمية عدد 5989 مكرر الصادرة بتاريخ 28 ذي القعدة 1432 (26 أكتوبر 2011).

[423]– المادة 49 من قانون 99–62، مرجع سابق.



وبنيات البحث القانوني في غياب اجتهاد قضائي مالي متخصص في الرقابة العليا على الأموال العمومية[424].

خامسا: علاقة المجلس الأعلى للحسابات بالمجالس الجهوية للحسابات

عكس الهيئات القضائية السابقة فالمجالس الجهوية للحسابات تتضح علاقتها بالمجلس الأعلى للحسابات بشكل قوي وذلك من عدة أوجه، ويمكن تقسيم هذه العلاقة إلى علاقات عضوية، وعلاقات وظيفية.

1- العلاقات العضوية

وفقا لمقتضيات المادة 165 من قانون 99-62، يؤلف قضاة المحاكم المالية هيئة موحدة ويتمتعون بعدم قابلية العزل والنقل إلا بمقتضى القانون، ويسهر مجلس قضاء المحاكم المالية، على تطبيق هذا النظام الأساسي.

تبعا لذلك فقضاة المجالس الجهوية والمجلس الأعلى للحسابات يتألفون من هيئة موحدة خاضعة للنظام الأساسي المنصوص عليه في الكتاب الثالث من مدونة المحاكم المالية ابتداء من المادة 165، ويسهر على تطبيق هذا النظام، مجلس قضاء المحاكم المالية الذي يمثل فيه بذات الوقت قضاة المجالس الجهوية، والمجلس[425]. كما أن تعيين القضاة الممارسون بالمجالس الجهوية للحسابات يتم باقتراح من الرئيس الأول للمجلس بعد رأي مطابق لمجلس قضاء المحاكم المالية[426]. بالإضافة أن قضاة المحاكم المالية يحملون وخلال مزاولة مهامهم وثيقة تعريف موقعة من طرف الرئيس الأول للمجلس يقدمونها عند الحاجة لأجل القيام بمهامهم، كما أن البذلة الرسمية للقضاة، يتم تحديدها بمقرر للرئيس الأول[427].

ما يلاحظ في هذا الإطار، فبالنسبة للتدبير الإداري والمالي للمحاكم المالية، فيتبين احتكار الرئيس الأول للمجلس السلطة المالية باعتباره الآمر بالصرف، والمتحكم في صرف الاعتمادات المالية المخصصة للمحاكم المالية، في إطار تخصيص ميزانية واحدة لكل من المجلس والمجالس

[424]– Mohamed Harakat : Le Droit Du Contrôle supérieur Des Finances publiques Au MAROC, essai sur les techniques d'audit a l'heure de l'ajustement structurel, tome 1, Edition Babel, 1992, P : 262.

[425]– المادة 235 من قانون 99-62، مرجع سابق.

[426]– المادتين 166-167 من نفس المرجع.

[427]– المادة 168، من نفس المرجع.

الجهوية. إذ لا تتوفر هذه الأخيرة على ميزانية خاصة بها، وهذا الأمر يمكن أن يؤثر على حرية التصرف والمبادرة بالنسبة لها.

فضلا عن تعيين القضاة الممارسون بالمجالس الجهوية باقتراح من الرئيس الأول للمجلس بعد رأي مطابق لمجلس قضاء المحاكم المالية، يشرف هذا الأخير على تسيير الحياة الإدارية والمهنية للقضاة الماليين، بالإضافة إلى ارتباط النيابات العامة بالمجالس الجهوية بالوكيل العام للملك بالمجلس، كلها أمور تجعل المجالس الجهوية تمارس قانون مهامها تحت الإشراف المباشر للمجلس. على خلاف التجربة الفرنسية حيث أن العلاقة بين محكمة الحسابات الفرنسية والغرف الجهوية ليست علاقة رئاسية، باستثناء النيابات العامة بها، الأمر الذي تمتع الغرف الجهوية باستقلالية في العمل، كما تتوفر على صلاحيات خاصة بها[428].

من جهة أخرى فالمجالس الجهوية في إطار علاقتها مع المحاكم الزجرية، من خلال المادة 162 من قانون 99-62، تؤكد على احتكار المجلس على تدبير هذه العلاقة حيث تشير الفقرة الثالثة منها على أنه "... وإذا كان الأمر يتعلق بأفعال يظهر أنها قد تستوجب عقوبة جنائية، أخبر وكيل الملك بذلك الوكيل العام للملك، الذي يرفع النازلة من تلقاء نفسه أو بطلب من الرئيس الأول، إلى وزير العدل قصد اتخاذه ما يراه ملائما، ويخبر بذلك السلطة التي ينتمي إليها المعني بالأمر، ويخبر وزير العدل المجلس بالتدابير التي اتخذها".

ما يؤكد على عدم وجود إمكانية للمجالس الجهوية لإقامة علاقات مباشرة مع المحاكم الزجرية أو غيرها من المحاكم الأخرى المتواجدة في التنظيم القضائي المغربي.

2- العلاقات الوظيفية

تحمل العلاقات الوظيفية بين المجلس الأعلى للحسابات والمجالس الجهوية للحسابات عدة أوجه، فمن جهة يختص المجلس باستئناف قرارات المجالس الجهوية، حيث يعتبر بمثابة محكمة استئناف للأحكام الصادرة بصفة نهائية عن المجالس الجهوية في ميدان البت بالحسابات والتأديب المتعلق بالميزانية والشؤون المالية[429].

---

[428]– أحمد حسون: مرجع سابق، ص: 199.

[429]– المادة 48 من قانون99-62، مرجع سابق.

ومن جهة أخرى يتولى المجلس صلاحية تفتيش المجالس الجهوية، وذلك بهدف تقييم تسييرها للمصالح التابعة لها، وكذا تقييم المناهج المتبعة وطريقة عمل القضاة والموظفين الإداريين وكتابة الضبط، ولهذه المهمة، يعين الرئيس الأول للمجلس كلما اقتضى الأمر ذلك، بواسطة أمر، قاض أو عدة قضاة لأجل القيام بتفتيش المجالس الجهوية أو البحث في وقائع محددة[430]، ويتمتع هؤلاء القضاة المكلفون بالتفتيش بسلطة عامة للتحري والتدقيق والرقابة ويمكنهم على الخصوص استدعاء القضاة وكتاب الضبط وموظفي المجالس الجهوية والاستماع إليهم، وطلب الاطلاع على كل الوثائق المفيدة، ويشترط في هؤلاء القضاة حين تتعلق التحريات بقاض من القضاة أن تكون لهم درجة تساوي أو تفوق درجة القاضي الذي خضع للتفتيش. أما تقارير التفتيش والتي تكتسي طابعا سريا فتوجه في الحال إلى الرئيس الأول مشفوعة بنتائج التفتيش و اقتراحات القضاة المكلفين بهذه المهمة[431]. وإذا تضمنت هذه التقارير مخالفات تتعلق بالواجبات المهنية أو بالشرف أو الوقار أو الكرامة أو بقواعد السر المهني أو عدم تقيده بالتزام تحفظ خطأ من شأنه أن يعرضه لعقوبة تأديبية، يقوم الرئيس الأول بإحالة هذه التقارير على مجلس قضاء المحاكم المالية[432].

من جهة أخرى يقوم القضاء المالي بالمغرب على وجود جهاز مركزي للرقابة العليا على الأموال العمومية، ومحاكم مالية جهوية، وتفرض وحدة الهدف بين هاتين الهيئتين قيام علاقات تنسيق وتعاون فيما بينهما، وفي هذا الصدد يجوز للرئيس الأول بتنسيق مع رئيس المجلس الجهوي المعني، أن يكلف قضاة معينين بأحد المجالس الجهوية للقيام في عين المكان بالتحقيق في ملفات تدخل في اختصاصات المجلس في ميدان التأديب المالي أو بمراقبة تسيير أحد الأجهزة الخاضعة لرقابة المجلس[433].

ما يلاحظ بهذا الصدد أن المشرع المغربي حصر إمكانية تفويض المجلس للمجالس الجهوية عمليات المراقبة في اختصاصين فقط من اختصاصاته، وهما التأديب المالي ومراقبة التسيير، وذلك دون باقي الاختصاصات الأخرى، كما حصر المشرع دور القضاة المعينين بأحد

430– المادة 97 من نفس القانون.

431– المادة 98 من نفس القانون.

432– المادة 98 و225 من نفس القانون.

433– المادة 158 من نفس المرجع

المجالس الجهوية في تكليفهم بمباشرة عمليات التحقيق فقط في حين لم يحدد دورهم في باقي مراحل المسطرة خاصة المداولة المتعلقة بالقضية أو القضايا التي كانت موضوع التحقيق الذي شاركوا فيه[434].

دائما وفي إطار التنسيق والتعاون، توجه المجالس الجهوية نسخا من جميع التقارير المتعلقة بمراقبة التسييرومراقبة استخدام الأموال العمومية التي تعدها مشفوعة بملاحظات وأراء المسؤولين والسلطات المعنية ويمكن للمجلس أن يدرج في تقريره السنوي ملاحظات المجالس الجهوية[435].

ما يلاحظ في هذا الصدد أنه رغم أهمية نشر تقارير وأحكام المجالس الجهوية في تمكين الرأي العام من الاطلاع على حصيلة تدبير الجماعات الترابية للشأن العام المحلي من جهة، وتطوير أدائها من جهة أخرى، غير أن القانون قد جعل مسطرة نشر أحكام وتقارير المجالس الجهوية جد صعبة، حيث حرمها من إمكانية نشر نتائج عملها الرقابي، إذ يحتكر المجلس هذه الصلاحية، ولا يملك رؤساء المجالس الجهوية إلا إمكانية اقتراح نشر الأحكام الصادرة عنها.

استنادا لما سبق، يمكن القول أن مهمة التنسيق والتعاون بين المجلس والمجالس الجهوية هي أمر ضروري من أجل تطوير القدرات الذاتية لهذه الهيئات، ومن أجل القيام برقابة فعالة في حماية الأموال العمومية، غير أنه لا يجب أن تتسم هذه العلاقة بالتبعية، أو وضع قيود على المجالس الجهوية، ما يجعل عملها أقل تأثيرا وأضعف.

عموما، يمكن القول أن علاقة المجلس بباقي الهيئات القضائية تختلف من هيئة إلى أخرى، حيث تتسم مع بعض الهيئات القضائية بنوع من التعاون والتنسيق، وتتسم بالتنافس وتداخل وتقاطع الاختصاصات مع البعض الأخر.

خاتمة:

"إذا كانت كافة الأطراف المعنية بتدبير الشأن العام والمال العام في الدولة والمجتمع، تستشعر الحاجة والفائدة من وجود جهاز أعلى للرقابة والمحاسبة مستقل وفعال، فالبرلمان باعتباره واسطة ومرآة للرقابة الشعبية على أداء الحكام هو الأكثر استفادة على الإطلاق من وجود

---

[434]– أحمد حسون: مرجع سابق، ص: 201.

[435]– المادة 157 من قانون 99-62. مرجع سابق.

مؤسسة رقابية عليا متخصصة ومستقلة وفعالة تعضده في وظيفته الرقابية وحتى التشريعية ذات العلاقة بالمالية العامة، ولذلك فإن التشريعات الدولية أجمعت على تجسير وتوثيق العلاقة الوظيفية بين المؤسستين"[436]. ومن جهة أخرى فإن باقي المؤسسات الدستورية، خاصة المكلفة بحماية المال العام، يعتبر توثيق العلاقة بينهما وبين المجلس هو أمر ضروري ولا مناص منه لتحقيق الأهداف والمهام الملقاة على عاتق هذه الهيئات، ومهما اختلفت طبيعة واختصاصات الأجهزة والمؤسسات الدستورية، فإنها تلتقي كلها في هدفها الأساسي وهو السهر على حماية الأموال العمومية وفق ما تنص عليه المقتضيات القانونية. لذلك ينبغي خلق جسور للتعاون والتنسيق الفعال بين الأجهزة العليا للرقابة المالية ومحيطه السياسي والإداري، وذلك من أجل تفادي هدر الوقت والإمكانيات وكذا تفادي حصول تناقض في النتائج المتوصل إليها، ولتحقيق الفعالية والنجاعة المنشودة في التدبير العمومي وترشيد الأموال العمومية.

لائحة المراجع

❖ المراجع باللغة العربية

✓ ظهير شريف رقم 1.11.91 صادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011) بتنفيذ نص الدستور، ج.ر عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011).

✓ القانون التنظيمي رقم 130.13 لقانون المالية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.62 صادر في 14 من شعبان 1436 (2 يونيو 2015)، ج.ر عدد 6370 بتاريخ فاتح رمضان 1436 (18 يونيو 2015).

✓ القانون رقم 99-62 المتعلق بمدونة المحاكم المالية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 124-02-1 الصادر في فاتح من ربيع الأول 1423 (13 يونيو 2002)، الجريدة الرسمية عدد 5030، في 6 جمادى الأخيرة 1423 (15 أغسطس 2002).

[436]– محمد براو: "المجلس الأعلى للحسابات بالمغرب، أية متطلبات في سياق المراقبة الديمقراطية للحكامة"، مستجدات تنظيم المالية العمومية على ضوء دستور 2011، منشورات مجلة العلوم القانونية، العدد الأول 2014، مطبعة الأمنية، ص: 65.

✓ الظهير الشريف رقم 413-59-1 صادر في 28 جمادى الثانية 1382 (26نونبر1962) بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي، الجريدة الرسمية عدد 2640 مكرر بتاريخ 12 محرم 1383 (5 يونيو1963)، صيغة محينة بتاريخ فاتح يونيو 2015.

✓ ظهير شريف بمثابة قانون رقم 338-74-1 بتاريخ 24 جمادى الثانية 1394 (15يوليوز1974) يتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة، الجريدة الرسمية عدد3220 بتاريخ 26 جمادى الثانية 1394 (17 يوليوز1974)، صيغة محينة بتاريخ 26 أكتوبر2011.

✓ القانون رقم 90-41 المحدث بموجبه محاكم إدارية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 225-91-1 الصادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 شتنبر1993)، الجريدة الرسمية عدد4227 بتاريخ 18 جمادى الأول 1414 (3 نونبر1993.

✓ ظهير شريف رقم 223-57-1 في2 ربيع الأول 1377 (27 سبتمبر 1957)، يتعلق بالمجلس الأعلى، الجريدة الرسمية عدد 2347 الصادرة بتاريخ 23 ربيع الأول 1377 (18 أكتوبر 1957).

✓ ظهير شريف رقم 170-11-1 صادر في 27 من ذي القعدة 1432 (25 أكتوبر2011)، بتنفيذ القانون رقم 11-58 المتعلق بمحكمة النقض، المغير بموجبه الظهير الشريف رقم 223-57-1 الصادر في 2 من ربيع الأول 1377 (27 سبتمبر 1957)، بشأن المجلس الأعلى، الجريدة الرسمية عدد 5989 مكرر الصادرة بتاريخ 28 ذي القعدة 1432 (26 أكتوبر2011).

✓ مرسوم رقم 445-11-2 صادر في 7 ذي الحجة 1432 (4 نونبر2011)، بتحديد عدد محاكم الإستئناف المحدثة بها أقسام للجرائم المالية وتعيين دوائر نفوذها، الجريدة الرسمية عدد 5995 الصادرة بتاريخ 17 ذي الحجة 1432 (14نوفمبر2011).

✓ أحمد حسون: المجلس الأعلى للحسابات بالمغرب، دراسة سوسيوقانونية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط 2013.

✓ أحميدوش مدني: المحاكم المالية بالمغرب، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، مطبعة فضالة المحمدية، الطبعة الأولى، 2003314.

✓ الصديق حيدة: المحاكم المالية وإشكالية حماية المال العام، مجلة المالية، وزارة الاقتصاد والمالية، العدد 21، يناير 2014 العدد 21، يناير 2014. منشور على الموقع الإليكتروني لوزارة المالية:

www.finances.gov.ma/Docs/2014/DAAG/ALMaliya%2021%20Ar.p

✓ عبد الحق أخو الزين: "دور المحكمة الإدارية بالرباط في حماية المال العام"، مستجدات تنظيم المالية العمومية على ضوء دستور2011، منشورات مجلة العلوم القانونية، العدد الأول 2014، مطبعة الأمنية.

✓ محمد براو: الوسيط في شرح مدونة المحاكم المالية –الكتب الثلاثة- الطبعة الأولى 2012، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط.

✓ محمد براو: "المجلس الأعلى للحسابات بالمغرب، أية متطلبات في سياق المراقبة الديمقراطية للحكامة"، مستجدات تنظيم المالية العمومية على ضوء دستور2011، منشورات مجلة العلوم القانونية، العدد الأول 2014، مطبعة الأمنية.

✓ هشام الحسكة: "الوظيفة العقابية للمجالس الجهوية ورهان الحكامة المالية الترابية -اختصاص التأديب المالي نموذجا-"، مستجدات تنظيم المالية العمومية على ضوء دستور2011، منشورات مجلة العلوم القانونية، العدد الأول 2014، مطبعة الأمنية.

❖ المراجع باللغة الأجنبية

✓ Hassane Elarafi : Gestion des finances de L'ETAT, Budget, Comptabilité, Trésor, 1ére Edition 2006, Impression, Cana print, Rabat.

✓ Harakat : Le Droit Du Contrôle supérieur Des Finances Mohamed publiques Au MAROC, essai sur les techniques d'audit a l'heure de l'ajustement structurel, tome 1, Edition Babel, 1992.

الأستاذ حسن قليلي

باحث بسلك الدكتوراه بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

السويسي جامعة محمد الخامس –الرباط

التقادم الجنائي والاجراءات المؤثرة على سريانه

The criminal statute of limitations and the procedures affecting its validity

مقدمة:

تعد العقوبة كرد فعل اجتماعي ضد الجريمة مؤسسة قانونية قديمة قدم الإنسانية، حيث عرفتها سائر المجتمعات وصاحبتها في تطورها ورقيها، وهي أخطر ما تملكه الدولة من حقوق في مواجهة الأفراد، وهو حق تفرضه الحياة في المجتمع وتقتضيه ضرورة المحافظة عليه، وحمايته من الأفعال أو التصرفات الضارة التي تهدد كيانه ونظمه[437].

إن تحديد مضمون سلطة الدولة في العقاب لا يكون إلا بواسطة الحكم أو القرار الصادر في الدعوى العمومية، إذ لا عقوبة بدون حكم قضائي.

وسلطة توقيع العقاب على مرتكبي الجرائم في القوانين الداخلية هي سلطة تباشرها الدولة بواسطة النيابة العامة بصفتها تمثل المجتمع وتنوب عنه في تحريك الدعوى العمومية طبقا للمادة الثالثة من قانون المسطرة الجنائية[438]، وتعتبر الدعوى العمومية وسيلة الدولة في اقتضاء حقها في العقاب عن طريق طرح الخصومة الجنائية على المحكمة عن طريق النيابة العامة عندما يلحق بالمجتمع ضرر اجتماعي[439].

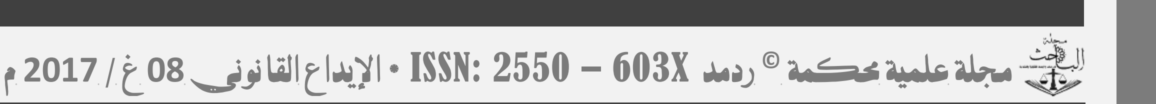
ومن الإشكالات التي تثور في هذا الخصوص طول أمد إجراءات التقاضي، ليجد المتهم نفسه في حلقات طويلة ومعقدة أمام الجهات المختصة لمباشرة الإجراءات الجنائية بدء من لحظة وقوع الجريمة، والقبض عليه والتحقيق معه وحبسه، ثم مثوله أمام القضاء مقدما أدلته

---

[437]. مصطفى يوسف، التقادم الجنائي وأثره الإجرائي والموضوعي، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2010، ص5.

[438]. صدر القانون رقم 01 22 المتعلق بالمسطرة الجنائية الحالية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.255 الصادر في 25 من رجب 1423 الموافق (3 أكتوبر 2002)، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5078 بتاريخ 27 ذي القعدة 1423 الموافق 30 يناير 2003، ص 315، وعدل بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.11.169 الصادر في 19 من ذي القعدة 1432 (17 أكتوبر 2001)، بتنفيذ القانون رقم 35.11 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5990 بتاريخ 29 ذي القعدة 1432 (27 أكتوبر 2011) ص 5235.

[439]. Cujas. Droit Pénal, J. Pradel T.1. Paris 1.Ed 9419. p724.



ومفندها، ولا شك أن في طول هذه الإجراءات وكثرتها ما يبعث على عدم الثقة في العدالة المنشودة، مما قد يسبب اضطرابا عاما، لذا كانت ضرورة البحث عن وسيلة لتفادي هذه المشكلة، فكان نظام التقادم من هذه الوسائل لإنهاء النزاع.

وتأخذ معظم النظم القانونية، ومنها القانون الجنائي المغربي[440]، بمبدأ انقضاء الدعوى الجنائية وسقوط عقوبتها بالتقادم، فالتراخي في تحريك الدعوى العمومية أو تنفيذ العقوبة يسقط الحق الجنائي متى مضت الفترة الزمنية التي حددها القانون لتحريك الدعوى العمومية أو تنفيذ العقوبة، ولم يتخذ خلال هذه الفترة أي إجراء من الإجراءات التي تقطع التقادم.

والمشرع المغربي لم يعرف التقادم وإنما ترك ذلك للفقه، حيث عرفه بعض الفقه[441]. فيقصد به مضي فترة من الزمن يحددها القانون تبدأ من تاريخ ارتكاب الجريمة دون أن يتخذ خلالها إجراء من إجراءاتها ويترتب على هذا التقادم سقوط الدعوى العمومية.

أما تقادم العقوبة فيعني مرور الزمان على صدور الحكم بالإدانة دون التمكن من تنفيذه فيصبح التنفيذ ممتنعا بعد مضي ذلك الزمن المحدد ويتخلص المحكوم عليه من العقوبة نهائيا.

وعليه، فالتقادم هو تلك الواقعة المادية التي تنشأ بمرور وقت حدده المشرع المغربي تكون نقطة احتسابه من يوم ارتكاب الجريمة، بحيث إذا مرت هذه المدة دون أن تتخذ السلطات القضائية أي إجراء من الإجراءات في حق مرتكب الجريمة، فإنه يترتب عنه سقوط الحق في المتابعة بسبب مرور الوقت الذي يكون معه الرأي العام أو المجتمع تناسى الفعل الجرمي، ولم يعد بحاجة لفتح جرح قد تعافى منه، وضياع معالم الجريمة وضعف الأدلة التي تقوم عليها، وكذلك حجم المعاناة التي يكون قد عاناها المتهم نفسيا من الفترة ما بين وقوع الجريمة وسقوطها بالتقادم بالتخفي والخوف والقلق من ملاحقة النيابة العامة.

ويجد التقادم أساسه كذلك في ضرورة عدم بقاء المراكز القانونية للأفراد مهددة بإثارة الدعوى العمومية أو بتنفيذ العقوبة فترة طويلة من الزمن، لأن ذلك من شأنه إشاعة الخوف والاضطراب لدى هؤلاء الأفراد طوال حياتهم، وعلى ذلك فإنه يجب على الدولة أن تضع حدا

---

[440]. صدر بموجب ظهير شريف رقم 1.59.413 الصادر بتاريخ 28 جمادى الثانية 1382 (26 نونبر 1962)، بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي، الجريدة الرسمية عدد 2640 مكرر بتاريخ 5 يونيو 1963، ص 1253.

[441]. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، حق الدولة في العقاب، نشأته واقتضاؤه وانقضاؤه، دار الهدى للمطبوعات، الطبعة الثانية، الاسكندرية، 1985، ص 65.

لعدم استقرار هذه المراكز خلال فترة معقولة، وإلا فقدت الدولة حقها في العقاب بالتقادم تحقيقا لفكرة الثبات القانوني، فالقانون كما أعطاها هذا الحق فقد أوجب عليها أن تمارسه خلال فترة محددة.

وقد عمل المشرع المغربي على تنظيم مؤسسة التقادم الجنائي في مجموعة من المواد سواء على مستوى القانون الجنائي أو على مستوى قانون المسطرة الجنائية، حيث قام بتحديد شروطه ومدده فضلا عن الآثار المترتبة عنه، ويختلف تقادم الدعوى عن تقادم العقوبة، من حيث أن تقادم الدعوى يعتبر سببا لسقوطها، ويحول دون الحكم فيها، في حين يشكل تقادم العقوبة سببا للإعفاء من العقوبة، بعد صدور حكم حائز لقوة الشيء المقضي به.

إذن فالتقادم مؤسسة لا غنى عنها لقيامه على اعتبارات متعددة اجتماعية و اقتصادية وأمنية، حيث لولا التقادم لظلت المحاكم تنظر في القضايا التي مر عليها زمن طويل، بالإضافة إلى القضايا الجديدة المعروضة على القضاء، والتي هي في ارتفاع مستمر، مع ما ينتج عن ذلك من اضطراب وتشويش على العدالة بسبب اندثار الأدلة مع مرور الوقت[442].

إلا موضوع التقادم الجنائي يطرح العديد من التساؤلات التي تصب في إشكالية أساسية، وهي: إلى أي حد استطاع المشرع المغربي وهو ينظم المقتضيات الإجرائية المتعلقة بتقادم كل من الدعوى العمومية والعقوبة أن يوازي بين حق المجتمع في حماية أمنه واستقراره، وتمتيع المتهم بالضمانات المترتبة عن هذا التقادم؟

ولمحاولة الإجابة على هذه الإشكالية يمكن تقسيم الموضوع وفق الشكل التالي: المطلب الأول: مدد تقادم الدعوى العمومية والعقوبة. المطلب الثاني: سريان آجال التقادم الجنائي.

المطلب الأول : مدد تقادم الدعوى العمومية والعقوبة

إن معظم التشريعات الجنائية تأخذ بنظام التقادم الجنائي، وهو صنفان تقادم الدعوى العمومية وتقادم العقوبة المحكوم بها وفيهما يفترض المشرع أن مرور فترة من الزمن تطول أو تقصر بحسب جسامة الجريمة، أهي جناية أو جنحة أم مخالفة، مدعاة لأن يتنازل المجتمع عن

[442] يوسف الشوفاني، التقادم الجنائي وضرورات العدالة الجنائية، جامعة محمد الخامس. السويسي.، رسالة لنيل شهادة الماستر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسلا، السنة الجامعية 2012/2011، ص 6.

ملاحقة الجاني ويكف عن المطالبة بمعاقبته. ومدة تقادم العقوبات تكون عادة أطول من مدة تقادم الدعاوي الجنائية لما يكشف عنه الحكم الصادر العقوبة من تأكد ارتكاب المتهم للجرم وبالتالي من ثبوت حق الدولة في عقابه[443].

وقد حدد المشرع المغربي المدد التي تتقادم بموجبها الجرائم والعقوبات وجعلها تختلف في الدعوى العمومية بحسب ما إذا تعلق الأمر بجناية أو جنحة أو مخالفة (الفقرة الأولى) وكذلك الأمر بالنسبة لتقادم العقوبة حيث تحدد مدتها أيضا تبعا لنوع العقوبة المقررة هل هي عقوبة جنائية، أو جنحية، أم ضبطية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : مدد تقادم الدعوى العمومية

من المعلوم أن التشريع الجنائي المغربي لم يحدد مدة واحدة للتقادم في الدعوى العمومية تسري على كافة أنواع الجرائم، بل ولم يسمح المشرع لسلطة الاتهام أو التحقيق أو الحكم تحديدها أو التعديل في تحديدها التشريعي، وإنما تتفاوت مدة تقادم الدعوى العمومية إما وفقا لنوع لجريمة من حيث كونها جناية أو جنحة أو مخالفة، وهو السائد في معظم التشريعات، أما في بعضها الآخر فتتدرج هذه المدة حسب طبيعة الجريمة وتبعا لمدى خطورتها وجسامتها، إذ كلما زادت خطورة الجريمة وجسامتها طالت مدة تقادم الدعوى العمومية الناشئة عنها[444].

وقد أخذ المشرع المغربي بمبدأ تدرج مدة التقادم في الدعوى العمومية، فنص في المادة 5 من ق. م. ج على أنه: "تتقادم الدعوى العمومية، ما لم تنص قوانين خاصة على خلاف ذلك :

- بمرور خمس عشرة سنة ميلادية كاملة تبتدئ من يوم ارتكاب الجناية
- بمرور أربع سنوات ميلادية كاملة تبتدئ من يوم ارتكاب الجنحة

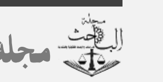
---

[443] سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2005، ص 101.

[444] فيما يتعلق بالتشريعات التي أخذت بمبدأ تقادم الدعوى العمومية تبعا لجسامة الجريمة وخطورتها أي تبعا لمقدار العقوبة المقررة للجريمة، فهناك على سبيل المثال القانون الإيطالي الذي تعرض لأحكام تقادم الدعوى العمومية في القانون الجنائي تحت عنوان " مضي الزمن على الجريمة والعقوبة" حسب المادة 157 من القانون الجنائي الإيطالي.

- أحمد فتحي سرور، الوسيط في شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985، ص 147.

- فريد الزغبي، الموسوعة الجنائية، الطبعة الثالثة، المجلد الثامن، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، 1995، ص 201.



- بمرور سنة ميلادية كاملة تبتدئ من يوم ارتكاب المخالفة... "

ولتحديد ما إذا كان الفعل يعد جناية أو جنحة أو مخالفة يتعين الرجوع إلى القانون الذي نص صراحة على الجريمة سواء كان القانون الجنائي أو أي قانون آخر.

والمشرع المغربي بمقتضى الفصول 16، 17، 18، و111 من ق. ج. ميزبين الجرائم بحسب العقوبة المقررة لها وهو ما يطرح إشكال بخصوص نوع الجريمة هل يتحدد وفقا للعقوبة التي يقررها القانون للجريمة أصلا أم وفقا للعقوبة التي ينطق بها القاضي الذي يسمح له القانون أو يوجب عليه الحكم بعقوبة من نوع مختلف قد يكون أشد وقد يكون أخف من العقوبة المقررة قانونا؟

فالمشرع المغربي –كما سبقا الذكر- حدد مددا مختلفة لتقادم الجنايات والجنح والمخالفات، لذلك فإن تطبيق القواعد القانونية المتعلقة بحالة العود والظروف المخففة لا يؤثر على طبيعة الجريمة فالجناية لا تصبح جنحة من جراء إعمال ظروف التخفيف أو الأعذار القانونية، فهذه الأعذار لا تغير الطبيعة القانونية للجريمة[445]، وهو ما نص عليه الفصل 112 من القانون الجنائي[446]، وكذلك الفصل 423 من ق.ج الذي يعاقب على الجنايات في الفصول من 416 إلى 421 من ق. ج والمرفقة بأعذار قانونية مخففة :

- بالحبس من سنة إلى خمس في الجنايات المعاقب عليها قانونا بالإعدام أو السجن المؤبد.

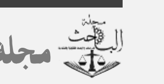
- الحبس من ستة أشهر إلى سنتين في جميع الجنايات الأخرى.

- الحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر في الجنح.

---

[445] محمد عبد النباوي، تقادم الدعوى العمومية وتقادم العقوبة، مجلة الشؤون الجنائية، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، العدد الأول، دجنبر 2001، ص 36 .

[446] ينص الفصل 112 من ق. ج : " لا يتغير نوع الجريمة إذا حكم بعقوبة متعلقة بنوع آخر من أنواع الجرائم لسبب تخفيف أو لحالة العود".



فهذه الجنايات رغم العقاب عليها بعقوبة جنحية بنص القانون، فإنها تبقى محتفظة بوصفها الأصلي – جناية -، ولا تتقادم الدعوى العمومية المتعلقة بها إلا بمضي مدة خمسة عشرة سنة المقررة لتقادم الجرائم المعتبرة جنايات[447].

أما ظروف التشديد فإنها حسب الفصل113 من ق. ج[448] تغير طبيعة الفعل، بحيث إن الجنحة تصبح جناية من جراء اقترانها بظروف التشديد إذا كانت العقوبة المقررة لها من جراء ارتباطها بظروف التشديد عقوبة جنائية[449]، فالسرقة في صورتها البسيطة يحدد لها القانون الجنائي عقوبة جنحية بمقتضى الفصل 505 من ق. ج، أما إذا اقترنت بإحدى ظروف التشديد كالتسلق أو الليل[450] فإنها تتحول إلى جناية، وتسري عليها مدة التقادم المقررة للجنايات.

وبالإضافة إلى ما سبق يثار إشكال آخر يتعلق بالوصف القانوني الذي يعتد به لتحديد مدة التقادم المسقط للدعوى العمومية، أهو الوصف الذي تعطيه النيابة العامة للجريمة ؟ أم هو الذي تحدده جهة التحقيق؟ أم الوصف الذي انتهت إليه محكمة الموضوع ؟

على اعتبار أن تحديد نوع الجريمة يمكن من تحديد مدة التقادم المسقط للدعوى العمومية المتعلقة بها، فإن ذلك يطرح العديد من التساؤلات إذا ما رفعت دعوى اعتمد فيها على وصف قانوني غير الوصف الحقيقي لها، فإذا افترضنا أن متهما قدم إلى غرفة الجنايات باعتباره مرتكب لجريمة السرقة بالعنف أو ضرب أفضى إلى عاهة مستديمة، ورأت المحكمة بعد دراسة ومناقشة الدعوى أنها سرقة عادية ينعدم فيها العنف، أو أن الضرب عادي، وأن الوصف القانوني لها هو جنحة وليس جناية. أو افترضنا أن متهما قدم للمحكمة بشأن جنحة وتبين أنها مخالفة. فهل يمكن للمتهم أن يتمسك أمام المحكمة في الافتراض الأول بتقادم الدعوى العمومية في جنحة السرقة أو الضرب العادي، أو أن يدفع الافتراض الثاني بتقادم الدعوى العمومية في المخالفة؟

---

[447] محفوظ حجيو، التقادم المسقط للدعوى العمومية في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، وجدة، السنة الجامعية 2010 – 2011، ص 71.

[448] ينص الفصل 113 من ق. ج : " يتغير نوع الجريمة إذا حكم بعقوبة متعلقة بنوع آخر من أنواع الجرائم لسبب ظروف التشديد ".

[449] محمد عبد النباوي، مرجع سابق، ص 37.

[450] أنظر الفصول من 507 إلى 510 من القانون الجنائي المتعلقة بالظروف التشديد في جريمة السرقة.



بالرجوع إلى المادة 432 من ق. م. ج[451]. يتضح أنها خولت هذه الصلاحية لغرفة الجنايات في حق تعديل الوصف القانوني للجريمة، كتغيير وصف الواقعة من جناية إلى جنحة.

ومن تم فتقادم العقوبة من عدمه يتحدد بنوع العقوبة المحكوم بها، وهو الذي يحدد أمد التقادم وليس نوع الجريمة التي أدين بها المحكوم عليه.

وبالتالي يرى بعض الفقه المغربي[452] أن العبرة في تكييف الجريمة لتحديد نوعها، ومن تم تحديد مدة التقادم لا يتوقف على التكييف القانوني الذي تحدده النيابة العامة أو قاضي التحقيق إذا كان خاطئا، وإنما يتوقف على التكييف الذي تقرره محكمة الموضوع التي تنظر في الدعوى العمومية، أو محكمة النقض باعتبار أن حكمها ملزم لمحكمة الإحالة فيما يتعلق بالنقطة القانونية التي بتت فيها حسب المادة 554 من ق. م. ج[453].

وعلى الرغم من أن النص القانوني صريح بخصوص الاعتداد بالوصف القانوني الذي تحدده المحكمة، إلا أننا نرى أنه يمكن الاعتداد بالوصف القانوني الذي تحدده النيابة العامة للجريمة لتحديد مدة تقادم الدعوى العمومية المتعلقة بها إذا لم تصل الدعوى مرحلة المحاكمة، فإذا كانت الدعوى معروضة أمام النيابة العامة التي أعطت للوقائع وصفا جنائيا معينا، وعندها توقفت القضية، فإن طبيعة هذا التكييف تكون الأساس في احتساب مدة التقادم، ونفس الشيء ينطبق على الوصف الذي يعطيه قاضي التحقيق، لأن القضية لم تصل في هذه الحالة إلى محكمة الموضوع.

الفقرة الثانية : مدد تقادم العقوبة

تحدد المواد 649، 650، 651 من قانون المسطرة الجنائية مدد التقادم في العقوبات، والتي تختلف باختلاف نوع العقوبة هل هي جناية أم جنحة أم مخالفة من المخالفات.

---

[451] نصت المادة 432 من قانون المسطرة الجنائية على ما يلي : " لا ترتبط غرفة الجنايات بتكييف الجريمة المحالة عليها، ويجب عليها أن تكيف قانونيا الأفعال التي تحال إليها، وأن تطبق عليها النصوص الجنائية المتلائمة مع نتيجة بحث القضية بالجلسة.

غير انه إذا تبين من البحث المذكور وجود ظرف أو عدة ظروف مشددة لم تضمن في القرار بالإحالة، فلا يجوز لغرفة الجنايات أن تأخذ بها إلا بعد الاستماع لمطالب النيابة العامة ولإيضاحات الدفاع".

[452] أحمد الخمليشي، شرح القانون الجنائي – القسم العام، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 1989، الهامش رقم 92: ص 79.

[453] جاء في المادة 554 من ق.م.ج أنه: "يتعين على المحكمة التي أحيلت إليها القضية بعد النقض أن تلتزم بقرار المجلس الأعلى فيما يرجع للنقطة القانونية التي بتت فيها".

فالعقوبات الجنائية[454] تتقادم الأحكام الصادرة بشأنها بمرور خمسة عشرة سنة من التاريخ الذي يصبح الحكم مكتسبا لقوة الشيء المقضي به، أما العقوبات الجنحية[455] فتتقادم بمرور أربع سنوات كاملة تحسب بنفس الكيفية[456].

أما بالنسبة للعقوبات الصادرة عن المخالفات[457] فتتقادم بمرور سنة واحدة من تاريخ صيرورة الحكم القاضي بالعقوبة مكتسبا قوة الشيء المضي به[458].

إن تقادم الجريمة طالما جعله المشرع مرتبطا ارتباطا وثيقا بالفعل المقترف، فانه لا يطرح أي إشكال في تحديد مدة التقادم التي ينبغي تطبيقها على الفعل المقترف. أما تقادم العقوبة، فإنه يطرح أكثر من سؤال، فالملاحظ أن المشرع المغربي بلجوئه إما إلى تشديد العقوبة أو تخفيفها، يترتب عن ذلك تغيير الوصف القانوني لها من جنحة إلى جناية ومن جناية إلى جنحة فهل تغيير الوصف القانوني يترتب عنه تغيير مدة التقادم؟ أم أنه يتعين علينا التقيد رغم تغيير وصف الجريمة بمبدأ إخضاعها لمدة التقادم الخاص بها؟[459]

إن هذا الإشكال يطرح على المستوى العملي، حيث نجد أن المتهم يحاكم من أجل جناية، إلا أن العقوبة التي صدرت في حقه هي عقوبة جنحية، بسبب تمتيع المعني بالأمر إما بأعذار قانونية مخفضة، أو بظروف التخفيف بحسب الأحوال. وبالمقابل قد نجد أن المحاكمة قد تمت من أجل جنحة، إلا أن العقوبة الصادرة هي عقوبة المخالفة[460].

لابد من الإشارة أولا، إلى أن تحديد طبيعة العقوبة أو وصفها من اختصاص المشرع وليس من شأن القاضي في شيء، الذي خول له القانون الحق في تقدير العقوبة ليس إلا، وذلك ما ينص

---

[454] حسب الفصل 16 من ق.ج هي: "الإعدام السجن المؤبد، السجن المؤقت من خمس سنوات إلى ثلاثين سنة، الإقامة الإجبارية، التجريد من الحقوق الوطنية".

[455] حسب الفصل 17 من ق. ج هي : "الحبس والغرامة التي لا تتجاوز 1200 درهم".

[456] تنص المادة 650 من ق. م. ج : " تتقادم العقوبات الجنحية بمضي أربع سنوات ميلادية كاملة، ابتداء من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم الصادر بالعقوبة مكتسبا لقوة الشيء المقضي به.

غير أنه إذا كانت عقوبة الحبس المحكوم بها تتجاوز خمس سنوات، فإن مدة التقادم تكون مساوية لمدة العقوبة".

[457] حسب الفصل 18 من ق. ج : " تتمثل في الاعتقال لمدة تقل عن شهر وفي الغرامة المتراوحة بين 30 درهما و1200 درهم".

[458] تنص المادة 651 من ق.م. ج : " تتقادم العقوبات عن المخالفات بمضي سنة ميلادية كاملة، تحسب ابتداء من التاريخ الذي يصبح به الحكم الصادر بالعقوبة مكتسبا لقوة المقضي".

[459] محمد أحداف، شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الأول، مطبعة سجلماسة، مكناس، 2018، ص 283.

[460] حميد ميمون، الإشكاليات العملية في تقادم العقوبات الزجرية، مجلة الإشعاع، العدد 32، 2007، ص 161.

عليه الدستور المغربي في الفصل 70 منه " يمارس البرلمان السلطة التشريعية..."، إلا أن هذا الوضوح تحول إلى غموض في قانون المسطرة الجنائية فيما يتعلق بتقادم العقوبة، وهو ما فتح باب النقاش على مصراعيه أمام مجموعة من الآراء، والتي لم يحسم فيها فهناك من يدافع عن الأخذ بالفعل المرتكب، وهناك من يعتمد على العقوبة المحكوم بها من قبل المحكمة.

فقد ذهب بعض الفقه المغربي[461] في اتجاه مخالف لما يرومه المشرع من هذا النص، إذ أكد على أن العبرة بالعقوبة المحكوم بها في تحديد مدة التقادم الموازية لها، وليس بالجرائم التي تمت المحاكمة من أجلها، وهو نفس التوجه الذي ذهب إليه بعض الفقه في فرنسا[462]. ومما يلاحظ أن هذه القاعدة ليست على إطلاقها، ومن ثم لا يمكن اعتمادها في التطبيق أمام وضوح النص وصراحته. ومع ذلك نجد أن المنشور الوزاري الموجه من وزير العدل إلى السادة : الوكلاء العامين للملك لدى محاكم الاستئناف وكلاء الملك لدى المحاكم الابتدائية بالمملكة، يكرس هذا التوجه[463].

وبالاطلاع على صياغة المادة 650 من ق.م.ج نجدها توحي بضرورة الاحتكام إلى طبيعة العقوبة وليس إلى الفعل الجرمي موضوع الإدانة، وبالتالي فإن مدة التقادم في العقوبات الجنحية هي أربع سنوات من صيرورة الحكم نهائيا، سواء كانت العقوبة الحبسية نتيجة الإدانة من أجل جناية أو جنحة.

وفي هذا الصدد أكد بعض المهتمين[464] أن العبرة بالعقوبة المحكوم بها في تحديد مدة التقادم الموازية لها، وليس بالجرائم التي تمت المحاكمة من أجلها حيث قد يتعلق الأمر بالإدانة من أجل جناية ولكن يحكم فقط بعقوبة جنحية (كالحكم بثلاث سنوات حبسا نافذا من أجل السرقة الموصوفة مثلا)، ففي هذه الحالة تتقادم العقوبة بمرور أربع سنوات المقررة للعقوبات

---

[461] عبد الواحد العلمي، شرح القانون الجنائي المغربي. القسم العام، الطبعة السابعة، 2016، ص 452 .

[462] G. Levasseur , Droit Pénal général ,DALLOZ, 1979 ,p 589 .

[463] أنظر المنشور الوزاري الصادر عن وزير العدل تحت رقم 1013 والصادر بتاريخ 17 رجب 1409 الموافق 23 فبراير 1989. والمتعلق بتنفيذ الأحكام الزجرية التي مر أجل التقادم على تاريخ النطق بها، والذي تطرق إلى النصوص القانونية المنظمة مركزا على كون بنود المسطرة الجنائية المتعلقة بالتقادم تقتضي بأن نوع العقوبة المحكوم بها هو الذي يحدد أمد التقادم وليس نوع الجريمة التي أدين من أجلها المتهم، وبالتالي فإن العقوبة الجنحية الصادرة عن جناية بسبب ظروف التخفيف أو الأعذار القانونية تخضع للتقادم الجنحي وعقوبة الاعتقال الضبطية تخضع للتقادم الضبطي.

[464] محمد عبد النباوي، مرجع سابق، ص 52.

الجنحية رغم أن الفعل الذي تمت الإدانة من أجله. فالعبرة بطبيعة العقوبة لا بطبيعة الجريمة لتحديد أجل تقادم العقوبات.

لقد تعرض المشرع المغربي لجانب من هذه الإشكالية في حالة تشديد العقوبة الجنحية لتصبح عقوبة جنائية إذ في هذه حالة ذهب المشرع إلى تحديد مدة تقادم توازي مدة العقوبة وذلك من خلال المادة 650 من ق. م. ج في فقرتها الثانية التي تنص على أنه : "غير أنه إذا كانت عقوبة الحبس المحكوم بها تتجاوز خمس سنوات، فإن مدة التقادم تكون مساوية لمدة العقوبة". كما هو الشأن بالنسبة لجرائم المخدرات المنصوص عليها في ظهير 21 ماي 1974.

وعليه فإن مدة التقادم تكون مساوية لمدة العقوبة، وكذلك الشأن في حالة العود التي نص المشرع المغربي على عقوبة الحبس لمدة لا تتجاوز ضعف الحد الأقصى للعقوبة المقررة قانونا للجنحة الثانية[465]، وجريمة الإشادة بالنسبة للإرهاب حسب الفصل 2.218 من ق ج [466] والمعاقب عليها بالحبس من سنتين إلى ست سنوات.

أما في حالة تخفيض العقوبة من عقوبة جنائية إلى عقوبة جنحية، فإن المشرع فضل السكوت عن هذا الموضوع، ولم ينظم هذه الحالة اعتبار للاختلاف بين الفعل موضوع المحاكمة (جناية) وبين العقوبة المحكوم بها (عقوبة جنحية)، وإن كانت صياغة المادة توحي بضرورة الاحتكام إلى طبيعة العقوبة، وليس بالفعل الجرمي موضوع الإدانة.

---

[465] نص الفصل 157 من القانون الجنائي على ما يلي : من سبق الحكم عليه من أجل جنحة بعقوبة الحبس، بحكم حائز لقوة الشيء المقضي به، ثم ارتكب جنحة مماثلة قبل مضي خمس سنوات من تمام تنفيذ تلك العقوبة أو تقادمها، يجب الحكم عليه بعقوبة الحبس الذي لا يتجاوز ضعف الحد الأقصى للعقوبة المقررة قانونا للجنحة الثانية.

[466] ينص الفصل 218/2 من القانون الجنائي على أنه ، يعاقب بالحبس من سنتين إلى ست سنوات وبغرامة تتراوح بين 10.000 و 200.000 درهم كل من أشاد بأفعال تكون جريمة إرهابية بواسطة الخطب أو الصياح أو التهديدات المفوه بها في الأماكن أو الاجتماعات العمومية أو بواسطة المكتوبات والمطبوعات المبيعة أو الموزعة أو المعروضة للبيع أو المعروضة في الأماكن أو الاجتماعات العمومية أو بواسطة الملصقات المعروضة على أنظار العموم بواسطة مختلف وسائل الإعلام السمعية البصرية والالكترونية.

يعاقب بنفس العقوبة كل من قام بالدعاية أو الإشادة أو الترويج لفائدة شخص أو كيان أو تنظيم أو عصابة أو جماعة، إرهابية بإحدى الوسائل المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذا الفصل.

غير انه، إذا كان الفاعل شخصا معنويا، يعاقب بغرامة تتراوح ما بين 1.000.000 و 10.000.000 درهم، مع الحكم بحله وبالتدابير الوقائية المنصوص عليها في الفصل 62 من هذا القانون، دون المساس بحقوق الغير ودون الإخلال بالعقوبات التي يمكن إصدارها في حق مسيري الشخص المعنوي أو مستخدميه المرتكبين للجريمة أو المحاولة



وقد أكد محكمة النقض في قرار لها أن العبرة في تقادم العقوبات بالعقوبة التي يصدرها القاضي وليس العقوبة المقررة بمقتضى القانون الجنائي، ومما جاء في القرار: " إن المادة 453 من ق. م. ج بأنه: إذا سلم المحكوم عليه غيابيا نفسه للسجن، أو قبض عليه قبل إسقاط عقوبته بالتقادم"، فإن المقصود بالعقوبة وخلافا لما ذهب إليه القرار المطعون فيه تلك التي وردت في الحكم الغيابي وليس العقوبة المقررة للجريمة بمقتضى القانون ذلك أن المشرع عندما تناول موضوع تقادم العقوبات في المواد من 648 إلى 653، فقد قصد بذلك العقوبات التي صدرت بها الأحكام القضائية وليس العقوبات المقررة بمقتضى فصول القانون الجنائي أو القوانين الخاصة.... "[467].

خلاصة القول، هو أنه يعتد بالعقوبة في تحديد مدة التقادم المسقطة لها، ومع ذلك فإن المشرع أورد كعادته استثناءات على هذه القاعدة، هذه الاستثناءات تنصرف إلى العقوبات الجنائية والجنحية والضبطية.

وهو الموقف الذي سار عليه بعض الباحثين[468]، الذين يرون أن المشرع حسم كل نقاش محتمل بخصوص هذا الموضوع، وذلك في إطار مقتضيات القانون الجنائي. ذلك أنه حسب مقتضى الفصل 112 من القانون الجنائي، الذي ينص على أن نوع الجريمة لا يتغير إذا حكم بعقوبة متعلقة بنوع آخر من أنواع الجرائم إما بلجوء المحكمة إلى تمتيع المتهم بأقصى ما يمكن من ظروف التخفيف، أو بسبب لجوء المحكمة إلى تشديد العقوبة بسبب حالة العود. وفي مثل هذه الحالات فإن الوصف القانوني للجريمة، جناية، جنحة، مخالفة، لا يتغير حتى ولو لجأ القضاة إلى الحكم بعقوبات تقل عن الحد الأدنى أو الحد الأقصى المقرر للجريمة. واحتساب التقادم في هذه الحالات لا يثير أي إشكال اعتبارا للمدة المحددة لها قانونا رغم العقوبة القصوى أو الأدنى المحكوم بها.

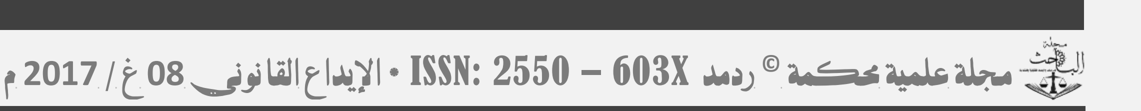
وخلافا لذلك، فإن وصف الجريمة يتغير إذا ما قرر المشرع النص صراحة على عقوبة متعلق بنوع آخر من الجرائم، فالسرقة هي جنحة وتتقام بمرور أربع سنوات، لكن اجتماع ظروف

---

[467] قرار محكمة النقض عدد 7/1137، الصادر بتاريخ 2000/02/24، في الملف الجنحي رقم 20214/6/99.

- أورده محمد عبد النباوي، مرجع سابق، الهامش: 43، ص 52. 53.

[468] محمد أحداف، مرجع سابق، 283.



التشديد كالسرقة ليلا، استعمال ناقة ذات محرك، التسلق... دفع المشرع إلى تخصيص لهذه الجريمة عقوبة جنائية، وبذلك فهي تتقادم بمرور15 سنة. الفصل 113 من القانون الجنائي.

المطلب الثاني : سريان آجال التقادم الجنائي

إذا كان المشرع المغربي قد حدد مدد تقادم العقوبة والدعوى العمومية، فإنه حدد بالتبعية المبدأ العام الذي يمكن الركون إليه عند احتساب مدة التقادم وكذا الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ (الفقرة الأولى)، كما حدد الإجراءات القاطعة والموقفة له (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : المبدأ في سريان مدد التقادم الجنائي

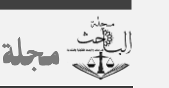
يختلف المبدأ فيما يخص بدء سريان مدد التقادم الجنائي في الدعوى العمومية (أولا) عنه في العقوبة (أولا).

أولا.تقادم الدعوى العمومية

إن القاعدة العامة المقررة بالنسبة لمدة تقادم الدعوى العمومية أن تحسب ابتداء من يوم ارتكاب الجريمة (وفق المادة الخامسة من قانون المسطرة الجنائية)، غير أن المشرع قد يخرج عن هذه القاعدة في بدء سريان مدة تقادم الدعوى العمومية ليقرر أن تبدأ المدة في السريان من تاريخ لا حق وليس من يوم ارتكاب الجريمة، ولعل هذا ما نص عليه المشرع المغربي في المادة الخامسة من قانون المسطرة الجنائية بعبارة "ما لم تنص قوانين خاصة على خلاف ذلك ".

وهكذا فقد حدد المشرع المغربي مدد تقادم الدعوى العمومية والتي تختلف بحسب نوع الجريمة المرتكبة، فتكون 15 سنة من يوم ارتكاب الجناية و4 سنوات من يوم ارتكاب الجنحة وسنة من يوم ارتكاب المخالفة، وبالتالي فإن احتساب تقادم الدعوى العمومية يبدأ من يوم ارتكاب الجريمة، لأن المشرع نص على ذلك صراحة ولم يقل لحظة أو تاريخ وقوع الجريمة مما يفيد أنه يعتد بالأيام لا بالساعات. وفي هذا السياق جاء في قرار[469] لمحكمة النقض " القول بتقادم أو عدم تقادم الدعوى العمومية عن أفعال جرمية ما يتوقف على تحديد يوم ارتكابها

[469] قرار عدد 124 الصادر بتاريخ 20 فبراير 2013، في الملف الجنحي رقم 2012/1/6/17149، منشور بمجلة قرارات محكمة النقض، الغرفة الجنائية، السلسلة 3، العدد 14، السنة 2014، ص 126.



TEL + 212 771394949 www.allbahit.com Majalatlbahit2017@gmail.com

الذي ينطلق منه احتساب أمده القانوني مع مراعاة باقي ما تنص عليه المادتان الخامسة والسادسة من قانون المسطرة الجنائية، للوصول إلى تقرير فتح تحقيق في الأفعال المعينة. والغرفة الجنحية لم تبين في تعليلها ماهية الأفعال المرتكبة التي اعتبرت أن فقرات المواد 703 و 704 و 706 من مدونة التجارة لا تنطبق عليها، وكيف أن هذه المواد لا تبرر عدم فتح التحقيق في الشكاية، كما لم تبين تواريخ ارتكابها مما يكون معه قرارها فاسد التعليل ".

ومدة التقادم الجنائي هي مدة كاملة لا يحسب منها اليومان، الأول والأخير، وإذا كان اليوم الأخير يوم عطلة امتد الأجل إلى أول يوم عمل بعده طبقا للمادة 750 من ق.م.ج[470]، مما يصير معه أجل تقادم الدعوى العمومية في الجناية هو خمسة عشرة سنة ويومان، وفي الجنحة يكون الأجل أربع سنوات ويومان، وفي المخالفة سنة ويومان[471].

ومن الجدير بالإشارة إلى إن تحديد بدء سريان مدة تقادم الدعوى العمومية من اختصاص محكمة الموضوع، ويعتبر هذا التحديد مسألة موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض على المحكمة فيه، شريطة أن يبني القاضي حكمه على وقائع ثابتة، لذلك إذا أثير نزاع حول هذا التاريخ تعين على المحكمة أن تجيب عنه لأنه وسيلة دفاع موضوعية[472]. وإذا تعذر تعيين اليوم الذي وقعت فيه الجريمة جاز اعتبار اليوم الذي اكتشف فيه تاريخ وقوعها، فيبدأ سريان مدة التقادم من اليوم الموالي له، شريطة ألا يكون قد قام الدليل على وقوعها في تاريخ سابق[473].

---

[470] تنص المادة 750 على ما يلي : " جميع الآجال المنصوص عليها في هذا القانون آجال كاملة لا تشمل اليوم الأول ولا اليوم الأخير، وتستثنى من ذلك الآجال التي تكون محددة بعدد الساعات.

إذا كان اليوم الأخير للأجل يوم عطلة امتد الأجل إلى أول عمل بعده.

تعتبر أيام عطل جميع الأيام المصرح بأنها كذلك بمقتضى نص خاص ".

[471] عبد الواحد العلمي، شروح في القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثامنة، الدار البيضاء، 2019، ص 166.

[472] الحسن هوداية، أهم قرارات المجلس الأعلى في التقادم، المادتين الجنائية والمدنية، سلسلة المكتبة الجنائية، دار القلم، الرباط، 2010، ص 9.

وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة النقض الذي اعتبر بأن التقادم من النظام العام، وبالتالي فالمحكمة ملزمة قانونا بتبيان تاريخ وقوع الجريمة حتى تستطيع محكمة النقض أن تتحقق من حجة تطبيق القانون، وإذا أثير نزاع حول هذا التاريخ يتعين على المحكمة أن تجيب عليه لأنه وسيلة دفاع موضوعية.

قرار عدد 124 الصادر بتاريخ 20 فبراير 2013، في ملف جنائي رقم 2012/1/16/17149، منشور بمجلة قرارات محكمة النقض، الغرفة الجنائية، الجزء 14 السلسلة 3، السنة 2014، ص 126 وما يليها.

[473] أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، القاهرة، 1959. ص 147.

وفي هذا السياق نجد أن محكمة النقض خصت جريمة استغلال النفوذ بوضع خاص فيما يتعلق بتقادمها، معتبرا أن احتسابه يبدأ من تاريخ الكشف عنها إن أمكن ذلك، أو من تاريخ ترك الفاعل للوظيفة أو الخدمة التي جرى استغلالها وليس من تاريخ ارتكابها. فقد صدر قرار عن هذه المحكمة بجميع غرفها سنة 2008 جاء فيه ما يلي : " حيث لئن كانت جريمة استغلال النفوذ تتحقق بمجرد إقدام الفاعل على طلب أو قبول عرض أو بمجرد طلب أو تسلم هبة أو هدية أو أي فائدة أخرى من أجل تمكين شخص أو محاولة تمكينه من خدمة أو صفقة أو مشروع ناتج عن اتفاق يعقد مع السلطة العمومية مستغلا بذلك نفوذه، فإن اكتشافها يظل مستعصيا مادام مقترفها باقيا في مركزه محتفظا بنفوذه.

وحيث لئن كان الفاعل في جريمة استغلال النفوذ يتوفر على الإمكانات التي تجعله قادرا على إخفاء جريمته والحيلولة دون حصول ذوي الشأن على وسائل كشفها و إثباتها فإن المعتمد قانونا لاحتساب أمد تقادمها يبدأ من تاريخ الكشف عنها إن أمكن ذلك، وإلا من تاريخ ترك الفاعل للوظيفة أو الخدمة التي جرى استغلالها في ارتكاب الجريمة وإخفائها والمرتبطة أصلا بوظيفته.

وحيث إنه بالنظر إلى أن جريمة استغلال النفوذ المنسوبة للمتهم لم تنكشف خلال توليه لمنصبه وممارسته للسلطة المخولة له، فإن أمد تقادمها لا يبتدئ سريانه إلا من إعفائه من منصبه في متم دجنبر 1999 مادام فعله ألجرمي يدخل في نطاق وظيفته ومرتبطا بها[474]".

وإذا كان هذا التوجه القضائي ينسجم مع ما تدعو إليه الاتفاقيات الدولية المعنية بمكافحة جرائم الفساد المالي ولا سيما اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بمكافحة الفساد لسنة 2003[475]، فإنه مع ذلك يطرح إشكالا قانونيا يتمثل في تعارضه الواضح مع النص القانوني المؤطر لموضوع تقادم الدعوى العمومية، خصوصا المادة 5 من قانون المسطرة الجنائية التي تنص على أنه يبدأ احتساب التقادم من تاريخ ارتكاب الفعل الجرمي بصرف النظر عن نوع الجريمة، في حين أن هذا القرار ميز جريمة استغلال النفوذ عن الجرائم الأخرى وجعل أمد تقادمها يبدأ من تاريخ اكتشاف الفعل ألجرمي أو من تاريخ مغادرة الموظف العمومي لوظيفته. وفي هذا الإطار

---

[474] قرار عدد 1667/7/08، صادر عن المجلس الأعلى، بتاريخ 1 يوليوز 2008، في الملف الجنائي رقم 8679/08، منشور بمجلة المجلس الأعلى، عدد69، سنة 2008، ص 295 وما يليها.

[475] حيث تنص المادة 29 من هذه الاتفاقية على ما يلي : " تحدد كل دولة طرف في إطار قانونها الداخلي، عند الاقتضاء، فترة تقادم طويلة تبدأ فيها الإجراءات القضائية بشأن أي فعل مجرم وفقا لهذه الاتفاقية، وتحدد فترة تقادم أطول أو تعليق العمل بالتقادم في حالات إفلات الجاني المزعوم من العدالة".

يطرح التساؤل حول الأساس الذي اعتمدت عليه محكمة النقض في إقرارها لهذا التوجه؟ خاصة وأنها استعملت العبارة التالية : " إن المعتمد قانونا لاحتساب أمد تقادمها"،والحال أن المادة الخامسة من ق.م.ج المشار إليها أعلاه هي التي تشكل الأساس القانوني المعتمد في احتساب أمد التقادم، وهي واضحة لا تحتاج إلى تفسير، ثم إن هناك فرقا كبيرا بين تاريخ ارتكاب الفعل المجرم وتاريخ اكتشافه، وهذه المادة تتحدث فقط عن تاريخ ارتكاب الفعل الجرمي.

ثانيا: تقادم العقوبة

يقصد بتقادم العقوبة سقوطها بمضي فترة محددة من تاريخ نشوء الحق في تنفيذها، أو بمعنى أوضح مرورمدة من الزمن يحددها القانون دون اتخاذ أي إجراء من إجراءات التنفيذ بعد صدور حكم حائز لقوة الشيء المقضي به، و يترتب على مضي هذه المدة سقوط الالتزام بتنفيذها [476]، وإذا أقيمت وحكم فيها لا يمكن تنفيذ العقوبة المحكوم بها، إذا مرت مدة معينة على الدعوى العمومية أو على الحكم وتو افرت شروط خاصة، وبذلك فهو يتعلق إما بالدعوى العمومية وإما بالعقوبة.

وقد اختلفت التفسيرات الفلسفية[477] حول الأساس الذي تقوم عليه فكرة تقادم العقوبة، وبغض النظر عن هذا الخلاف فإن المشرع الجنائي المغربي فضل الأخذ بهذا النظام، وذلك لحسن سير العدالة الجنائية، بل إن قواعده من النظام العام مما يترتب على ذلك عدم إمكانية التخلي عنه أو الاتفاق على مخالفته وقبول التمسك به ولو لأول مرة أمام محكمة النقض،

[41] شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الثالث، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية و القضائية، عن وزارة العدل، سلسلة شروح و دلائل، العدد 8، يونيو 2007، ص 64 .

[477] هناك عدة نظريات تشرح أساس التقادم فهناك نظريات ضياع الأدلة، ونظرية العقوبة المعنوية، ونظرية النسيان، ونظرية الاستقرار القانوني، ويظهر أن النظريتين الأخيرتين هما اللتان تحضيان باهتمام الحقوقيين، فنظرية النسيان تذهب إلى أنه بعد مرور مدة زمنية من الحكم بالعقوبة هذه المدة تكون كافية لمحو الجريمة من الذاكرة الاجتماعية، لان مرور هذه المدة دون اتخاذ أي إجراء في سبيل معاقبة الجاني يعني في الواقع أن الجريمة وعقوبتها قد محيتا من ذاكرة الناس ومن المصلحة العامة الإبقاء على هذا النسيان لأنه لم يعد من الملاحقة أو العقوبة أي منفعة اجتماعية، أما نظرية الاستقرار القانوني فهي تقوم على أن أساس التقادم هو مبدأ الاستقرار القانوني الذي يتوخاه النظام القانوني كله، فالقانون الجنائي يهدف إلى حماية المصالح الحيوية في المجتمع فردية كانت أم جماعية، ولذلك فالاستقرار القانوني يقتضي أن تضع الدولة حدا للنزاع بين الأفراد، كما أوجب عليها كذلك أن تمارس سلطتها في العقاب في فترة معينة حتى لا تظل سيفا مسلطا إلى الأبد تهدد به الأفراد وذلك تحقيقا لأكبر قدر من الاستقرار.



ووجوب إثارته تلقائيا من طرف المحكمة في حالة عدم التمسك به[478]، ويبدو ذلك واضحا من خلال الفصل 54 من القانون الجنائي الذي جاء فيه أنه: "يترتب على تقادم العقوبة تخلص المحكوم عليه من مفعول الحكم"، وهو ما يفيد أخد المشرع المغربي بنظام التقادم باعتباره احد مسقطات العقوبة، باستثناء العقوبات عن المخالفات التي يعتد فيها بالفعل لا بالعقوبة في القانون الجنائي في بابه الثالث تحت عنوان " في أسباب انقضاء العقوبات والإعفاء منها و إيقاف تنفيذها " فقد جاء في الفصل 49 منه على أنه : " تنفذ على المحكوم عليه العقوبات الصادرة ضده بتمامها، إلا إذا طرأ سبب من أسباب الانقضاء أو الإعفاء أو الإيقاف الآتي بيانها :

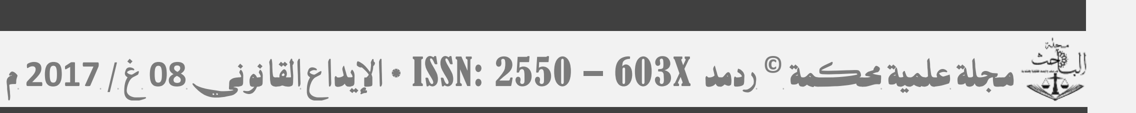
- موت المحكوم عليه؛
- العفو الشامل؛
- إلغاء القانون الجنائي المحكوم بمقتضاه؛
- العفو؛
- التقادم؛
- إيقاف تنفيذ العقوبة؛
- الإفراج الشرطي؛
- الصلح، إذا أجازه القانون بنص صريح".

وبالرجوع إلى مقتضيات قانون المسطرة الجنائية ولا سيما المواد 651.650.649 يتبين أن مدد التقادم بالنسبة للعقوبة تختلف بحسب ما إذا كان الأمر يتعلق بعقوبة جنائية أو جنحية أو من أجل مخالفة.

كما أن المشرع المغربي اعتمد في قانون المسطرة الجنائية معيار نوع العقوبة في تحديد مدة التقادم بالنسبة للجنايات والجنح، أما المخالفات فقد أخد بمعيار الوصف الجنائي للفعل، إذ أن وصف الفعل بالمخالفة هو الذي يحدد مدة تقادم العقوبة، وهذه المدة هي سنة ميلادية

[478] خلافا لما قرره الفصل 372 من قانون الالتزامات والعقود بالقول : " التقادم لا يسقط بقوة القانون، بل لا بد لمن له المصلحة أن يحتج به.

وليس للقاضي أن يستند إلى التقادم من تلقاء نفسه".



كاملة بغض النظر عن مقدار العقوبة، ولو تجاوزت بسبب ظرف تشديد الحد الأقصى لعقوبة المخالفة. وبذلك فإن العبرة بطبيعة العقوبة لا بطبيعة الجريمة (جناية أو جنحة أو مخالفة) لتحديد أجل تقادم العقوبة.

والعقوبات الجنائية حسب الفصل 16 من القانون الجنائي هي :

- الإعدام؛
- السجن المؤبد؛
- السجن المؤقت؛
- الإقامة الإجبارية؛
- التجريد من الحقوق الوطنية.

وتتقادم هذه العقوبات بمضي خمسة عشر سنة ميلادية كاملة، تحتسب ابتداء من التاريخ الذي يصبح فيه المقرر الصادر بالإدانة مكتسبا لقوة الشيء المقضي به طبقا المادة 649 من قانون المسطرة الجنائية.

العقوبات الجنحية في التشريع المغربي هي الحبس من شهر إلى خمس سنوات[479] والغرامة التي تتجاوز 1200 درهم، وبموجب المادة 650 من قانون المسطرة الجنائية، فإن العقوبات الجنحية تتقادم بمضي أربع سنوات ميلادية كاملة ابتداء من تاريخ الذي يصبح فيه المقرر الصادر بالعقوبة مكتسبا لقوة الشيء المقضي به، غير أنه إذا كانت عقوبة الحبس المحكوم بها تتجاوز خمس سنوات فإن مدة التقادم تكون مساوية لمدة العقوبة.

ويعتمد في إقرار تقادم العقوبة حسب التشريع المغربي على عنصرين :

- العنصر الأول : مرور مدة معينة تختلف باختلاف نوع الجريمة المرتكبة.

---

[479] يمكن أن تتجاوز مدة الحبس 5 سنوات وتعتبر العقوبة مع ذلك جنحة عند توفر حالة العود وعندما يحدد القانون مددا أخرى، كما هو الحال بالنسبة للعقوبات المنصوص عليها في ظهير 21 / 5 / 1974 المتعلق بزجر الإدمان على المخدرات والاتجار فيها.
نفس الشيء بالنسبة لجنحة الاختطاف والاحتجاز طبقا للفصل 436 من القانون الجنائي الفقرة الأولى منه التي تنص على ما يلي : " يعاقب بالحبس من خمس إلى عشر سنوات كل من يختطف شخصا أو يقبض عليه أو يحبسه أو يحجزه دون أمر من السلطات المختصة وفي غير الحالات التي يجيز فيها القانون أو يوجب ضبط الأشخاص.

- العنصر الثاني : العبرة في بدء هذه المدة بيوم صدور حكم نهائي.

والقاعدة أن مدة التقادم هذه تبتدئ من اليوم الذي يصبح فيه المقرر بالإدانة مكتسبا لقوة الشيء المقضي به وهو ما تؤكده المواد 649 و 650 و 651 من قانون المسطرة الجنائية، وهو يتحقق حتى لو كانت السلطات مجدة في البحث عن المحكوم عليه لتنفيذ الاعتقال في حقه، ولكنها لم تضبطه حتى انصرام الآجال المحددة للتقادم[480]، بمعنى أن المشرع لم يجعل تقادم العقوبة خاضعا إلى أي انقطاع أو إيقاف باستثناء ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 648 قانون المسطرة الجنائية بشأن انقطاع التقادم فيما يخص استفاء المصاريف القضائية والغرامات بكل إجراء من إجراءات التحصيل يتم بمسعى من الجهات المؤذون لها بتحصيل تلك الأموال، أي أن المشرع المغربي أخرج المصاريف القضائية والعقوبات المالية من القاعدة العامة المتمثلة في عدم انقطاع مدة التقادم بالنسبة للعقوبات، وجعل هذه المدة تنقطع بأي إجراء من إجراءات تحصيل هذه الغرامات والمصاريف القضائية من طرف الجهات المؤذون لها بذلك.

وبالرجوع إلى المادة 10 من مدونة تحصيل الديون العمومية نجد أن المشرع اعتبر الغرامات والمصاريف القضائية والرسوم القضائية ديونا عمومية وأوكل تحصيلها لمأموري كتابة الضبط في محاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية.

وموقف المشرع المغربي في شأن عدم انقطاع مدة التقادم في العقوبات يأتي خلافا لما ذهب إليه المشرع المصري، الذي أكد من خلال المادة 532 من قانون الإجراءات الجنائية أن مدة تقادم العقوبة يوقف سريانها كل مانع يحول دون مباشرة التنفيذ سواء كان هذا المانع قانونيا أو ماديا. ويبدو أن المشرع المغربي قد سار في نفس اتجاه المشرع الفرنسي في عدم الإشارة إلى وقف مدة التقادم، وإن كان القضاء الفرنسي قد تصدى لوقف سريان مدة التقادم في كل حالة يستحيل فيها تنفيذ الحكم إما بسبب عقبات قانونية آو مادية[481].

[1] عن وزارة العدل، شرح قانون المسطرة الجنائية، مرجع سابق، ص 65.

[2] نبيل عبد الصبور النبراوي، سقوط الحق في العقاب بين الفقه والتشريع الوضعي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996، ص 368.

ومن جهة أخرى، فإذا كان الأصل أن أغلب الجرائم تخضع في تقادمها للقاعدة العامة كما سلف الذكر، فإن المشرع أورد على هذه القاعدة استثناءات بموجبها أخضع بعض الجرائم لمدد تقادم خاصة اعتبارا لطبيعتها، وأخرج البعض الآخر من دائرة الخضوع للتقادم.

- الجرائم الخاضعة لمدد تقادم خاصة : إذا كان كل فعل جرمي يترتب عنه ملاحقة مرتكبه قصد توقيع الجزاء عليه وفق الأحكام المنصوص عليها في القانون الجنائي الموضوعي والقوانين الزجرية الخاصة، فإن سبل تحقيق هذا الجزاء تبقى رهينة بسلوك المساطر والإجراءات المحددة في قانون المسطرة الجنائية والمساطر الإجرائية الخاصة.

ومن هذا المنطلق فقد نصت المادة 5 من ق. م. ج أنه "...تتقادم الدعوى العمومية، ما لم تنص قوانين خاصة على خلاف ذلك... ".

والمشرع المغربي بمقتضى بعض النصوص حدد مدد خاصة لتقادم بعض الجرائم ومن الأمثلة على ذلك نجد :

1- قانون الصحافة والنشر[482] كما وقع تغييره وتتميمه بالقانون رقم 13 . 88،حيث تنص المادة 101 منه على أنه " تتقادم الدعوى العمومية المتعلقة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بمضي ستة أشهر تبتدئ من يوم ارتكاب الفعل موضوع المتابعة.

ينقطع ويتوقف أمد تقادم الدعوى العمومية وفق مقتضيات المادة 6 من قانون المسطرة الجنائية".

2- المادة 75 من ظهير 10 أكتوبر1917 المتعلق بالمحافظة على الغابات واستغلالها[483]، والتي تنص على أن مدة تقادم الدعوى العمومية في المخالفات المنصوص عليها في هذا القانون، تكون بمضي ستة أشهر ابتداء من تاريخ ختم

---

[482] ظهير شريف رقم 122 .16 .1 الصادر في 6 ذي القعدة 1437 . 10 غشت 2016 بتنفيذ القانون رقم 13 .88 المتعلق بالصحافة والنشر.

[483] ظهير شريف الصادر في 20 ذي الحجة 1335 الموافق، 10 أكتوبر 1917، المتعلق بالمحافظة على الغابات واستغلالها، منشور بالجريدة الرسمية 235، بتاريخ 1917/10/29، الصفحتان من 901/ 916، كما تم تتميمه وتعديله، وأهم هذه التعديلات وردت في ظهير 1959/4/17، المنشور بالجريدة الرسمية، عدد 2427 بتاريخ 1959/5/01، ص 1358.

محضر المخالفة، وثلاث سنوات في حالة عدم تحرير المحضر. أما دعاوى إحياء جزء من الغابة ذات أشجار أو الشطب الو اقع مخالفا لمقتضيات الفصل 24 من الظهير السلف الذكر فتسقط بمضي سنتين شمسيتين كاملتين من تاريخ وقوع الإحياء وهو ما أكدته محكمة النقض المغربية في قرار لها جاء فيه أنه " إذا حرر للمخالفة الغابوية محضر فإنها تتقادم بمضي ستة أشهر من تاريخ فتح المحضر لا من تاريخ تحريره، وإذا لم يحرر للمخالفة محضر فإنها تتقادم بمضي ثلاث سنوات من تاريخ الو اقعة"[484].

وجاء في قرار آخر لها أن "التقادم من النظام العام يمكن أن يثار في أي مرحلة من مراحل التقاضي. والتقادم بالنسبة لمخالفات المياه والغابات يحدد في ستة أشهر طبقا للفصل 75 من ظهير 10 أكتوبر 1917، ويبدأ من يوم توقيع المحضر من طرف مهندس المياه والغابات"[485].

هنا تجدر الإشارة إلى نقطة مهمة بخصوص التقادم في الجر ائم الغابوية، حيث تتقادم هذه بمرور ستة أشهر ابتداء من تاريخ إجراء المعاينة، وهي أصغر مدة للتقادم.

3- جر ائم الشيك وقد اختلف الفقه بخصوص تقادم هذه الجر ائم، فهناك من اعتبره يخضع للتقادم الرباعي المنصوص عليه في قانون المسطرة الجنائية، وهناك من يرى أنه يخضع للتقادم المنصوص عليه في مدونة التجارة. إلا أن محكمة النقض ذهبت في قرار لها إلى أن: " العبرة في التقادم بآخر فعل ارتكبه المتهم ما دام قد أحيل في حالة تلبس، علما بأن مدة التقادم الواردة في المادة 295 من مدونة التجارة

---

[484] قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 1989/04/27 تحت عدد 3640 في الملف الجنحي رقم 86/15210 منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى المادة الجنائية، الجزء الثاني، ص 315 وما يليها.

[485] قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 1994/12/28 تحت عدد 20929 في الملف الجنحي رقم 92/26499، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 47، ص 248 وما يليها.

وقد قضت محكمة النقض بهذا الخصوص في قرار عدد 20929، الصادر بتاريخ 1994/10/28، مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 47، ص 848. والذي جاء فيه ما يلي : " التقادم بالنسبة لمخالفات المياه والغابات يحدد في ستة أشهر طبقا للفصل 75 من ظهير 1917/10/10.

يبتدئ التقادم بالنسبة للمخالفات الغابوية من يوم توقيع المحضر من طرف مهندس المياه والغابات ".

- أورده : محمد عبد الحميد الألفي، شروح عملية في قانون المسطرة الجنائية المغربي. دراسة مقارنة. طبقا لأحداث قرارات المجلس الأعلى المغربي ومحكمة النقض المصرية، الجزء الأول، دار محمود، القاهرة، توزيع بالمغرب مكتبة الرشاد، سطات، 2010، ص 201.

المستدل بها إنما تتعلق بتقادم دعوى الرجوع الصرفي التي يحق للحامل رفعها ضد الساحب، وليس بتقادم الدعوى الجنحية في جرائم الشيك[486] ".

- الجرائم الغير قابلة للتقادم الجنائي : استثناء من القاعدة العامة وحرصا من المشرع المغربي من عدم إفلات بعض الجناة من العقاب ارتأى إخراج بعض الجرائم من دائرة التقادم، ومن الأمثلة على ذلك في تشريعنا المغربي جرائم العصيان والفرار من الجندية وقت الحرب والفرار إلى العدو حسب المادة 168 من قانون الجديد للقضاء العسكري،[487] الذي يحيل على المواد من 159 إلى 163 من نفس القانون، حيث تنص المادة 168 على أنه "لا يبتدئ سريان تقادم الدعوى العمومية والعقوبات المنصوص عليها في المواد 159 إلى 163 أعلاه فيما يخص جريمتي العصيان والفرار من الجندية إلا من اليوم الذي يبلغ فيه سن العاصي أو الفار من الجندية 50 سنة.

لا تتقادم الدعوى العمومية والعقوبات في الحالات المشار إليها في الفقرة الأولى من المادة 165 أعلاه".

هذا ونجد أن المشرع المغربي نص في الفصل 23 من الدستور على أنه "... يعاقب القانون على جريمة الإبادة الجماعية وغيرها من الجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب، وكافة الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان". والتزاما من المغرب بتعهداته الدولية الواردة في مجموعة من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، استحدث المشرع الجنائي المغربي في مسودة القانون الجنائي[488]، مجموعة من الجرائم المرتبطة بالقانون الدولي الإنساني، نذكر منها جرائم الإبادة، والجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب. وهي جرائم منصوص عليها في نظام روما الذي يشكل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية[489].

---

[486] قرار عدد 10/560 الصادر بتاريخ 25 فبراير 2004، في ملف جنحي رقم 03/25086، منشور بسلسلة الأبحاث القانونية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، 2006، ص 132 وما يليها.

[487] قانون رقم 13. 108 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 187. 14. 1 المنشور بتاريخ فاتح يناير 2015 والهادف إلى إصلاح عميق وشامل لقانون القضاء العسكري وملائمة أحكامه مع مضامين الدستور وقوانين المملكة الرامية إلى ضمان الحقوق والحريات.

[488] مشروع قانون رقم 10.16 يقضي بتغير وتتميم مجموعة القانون الجنائي

[489] حيث تنص المادة 29 من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أنه " لا تسقط الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة بالتقادم" والغرض من ذلك هو منع إفلات مرتكبي تلك الجرائم من العقاب.

وبالرجوع إلى الفقرة الأخيرة من المادة 5 من ق. م. ج نجدها تنص على أنه: ".. لا تتقادم الدعوى العمومية الناشئة عن الجرائم التي ينص على عدم تقادمها القانون أو اتفاقية دولية صادقت عليها المملكة المغربية وتم نشرها بالجريمة الرسمية[490]. كما أضافت المادة 1653 من نفس القانون منع تقادم العقوبات الصادرة بشأن هذه الجرائم[491]. مما يعني أن المشرع المغربي قد أخذ بتعديل قوانينه الداخلية تمهيدا للمصادقة على الاتفاقيات الدولية التي تحضر تقادم الدعوى العمومية المتعلقة بالجرائم الدولية والتي على رأسها معاهدة روما بشأن المحكمة الجنائية الدولية، و اتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية[492].

الفقرة الثانية : الإجراءات المؤثرة على سريان التقادم الجنائي

يؤدي مرور المدة الزمنية المحددة قانونا للتقادم حسب الأحوال إما إلى سقوط الدعوى العمومية، بحيث يمتنع على النيابة العامة إقامتها، أو إلى عدم إمكانية تنفيذ العقوبة إذا تعلق الأمر بتقادم العقوبات، غير أن سريان هذه المدة قد تعترضه بعض الإجراءات التي تؤدي إما إلى قطع هذه المدة (أولا)، أو إلى إيقافها (ثانيا).

أولا : الإجراءات القاطعة للتقادم الجنائي

إن انقطاع التقادم في المادة الجنائية لا يقتصر على الدعوى العمومية، بل يشمل العقوبة أيضا، وإن كان المشرع قد قصر الانقطاع على العقوبات المالية دون العقوبات السالبة للحرية.

1/- الإجراءات القاطعة لتقادم الدعوى العمومية

حدد المشرع المغربي من خلال المادة 6 من قانون المسطرة الجنائية الإجراءات القاطعة للتقادم، وكذا الشروط الخاصة ببعض الإجراءات، حيث نص على أنه: " ينقطع أمد تقادم الدعوى العمومية بكل إجراء من إجراءات التحقيق أو المتابعة أو المحاكمة تقوم به السلطة القضائية، أو تأمر به وبكل إجراء يعتبره القانون قاطعا للتقادم ".

---

[490] تم تنفيذه بمقتضى الظهير الشريف رقم 91.11.1 صادر في 27 شعبان 1432 (29 يوليوز 2011)

[491] تنص المادة 1653 من قانون المسطرة الجنائية، المضافة بالقانون رقم 35.11 على ما يلي : " لا تتقادم العقوبات الصادرة بشأن جرائم ينص على عدم تقادمها القانون أو اتفاقية دولية صادقت عليها المملكة المغربية ونشرت بالجريدة الرسمية ".
الجريدة الرسمية عدد 5990 بتاريخ 29 ذي القعدة 1432 الموافق 27 أكتوبر 2011، ص 5253.

[492] الاتفاقية الموقعة في 3 كانون الأول /ديسمبر 1968، أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها الثالثة والعشرين بتاريخ 26 نوفمبر 1969.

وعليه فإن الإجراءات القاطعة للتقادم حسب المادة السالفة الذكر واردة على سبيل الحصر، فلا يجوز أن تضاف إليها إجراءات أخرى، ذلك أن الأصل في تقادم الدعوى العمومية إذا بدأ في السريان لا ينقطع، والانقطاع ما هو إلا استثناء من الأصل، لذلك لا ينقطع إلا بالإجراءات التي أضفى عليها المشرع هذه الصفة، وهي إجراءات المتابعة أو التحقيق أو المحاكمة الصادرة عن السلطة القضائية أو التي تأمر بها.

وهكذا فإن الإجراءات القاطعة لتقادم الدعوى العمومية حسب مقتضيات المادة السادسة من قانون المسطرة الجنائية تتمثل في :

1. إجراءات المتابعة

لقد حسم المشرع المغربي بمقتضى آخر تعديل له للمادة 6 من ق.م.ج السالفة الذكر الخلاف بخصوص إجراءات المتابعة القاطعة لتقادم الدعوى العمومية، فحصرها فقط في كل إجراء يستهدف عرض القضية على هيئة التحقيق أو هيئة الحكم، وفي هذا الصدد ذهبت محكمة النقض في أحد قراراتها إلى أن انصرام أمد التقادم بين تاريخ ارتكاب الفعل وتاريخ المطالبة بإجراء تحقيق، خلو الملف مما يفيد قطعه يترتب عنه قانونا سقوط الدعوى العمومية[493].

وتتم المتابعة في المخالفات إما بمقتضى استدعاء مباشر وإما بمقتضى سند تنفيذي في حالة ما إذا كانت المخالفة ثابتة بمحضر أو تقرير، ومعاقب عليها فقط بغرامة مالية ولم يظهر فيها متضرر[494].

وفي الجنح تتم المتابعة إما عن طريق الاستدعاء المباشر للجلسة أو عن طريق التقديم الفوري للجلسة في الجرائم المتلبس بها من طرف النيابة العامة[495]، أو بالإحالة من طرف قاضي التحقيق في الجنح القابلة للتحقيق، كما قد تتم المتابعة في الجنح عن طريق أمر قضائي يصدره

---

[493] قرار عدد 156، الصادر بتاريخ 29 يناير 2014، في الملف الجنحي رقم 17804- 6 – 7 – 2013، منشور بمجلة نشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة الجنائية، الجزء14، سنة 2014، ص 124 – 125.

[494] تنص المادة 375 من ق. م. ج على ما يلي: " يجوز للنيابة العامة، في سائر الأحوال التي ترتكب فيها مخالفة يعاقب عليها القانون بغرامة مالية فقط ويكون ارتكابها مثبتا في محضر أو تقرير ولا يظهر فيها متضرر أو ضحية، أن تقترح على المخالف بمقتضى سند قابل للتنفيذ أداء غرامة جزافية تبلغ نصف الحد الأقصى للغرامة المنصوص عليها قانونا."

[495] تنص المادة 384 من ق.م.ج ، ترفع الدعوى إلى المحكمة الابتدائية كما يلي :

.بالاستدعاء المباشر الذي يسلمه وكيل الملك أو الطرف المدني للمتهم أو عند الاقتضاء للمسؤولين عن الحقوق المدنية.

.بالتقديم الفوري للجلسة في الحالة المنصوص عليها في المادة 74

القاضي في غياب المتهم بناء على ملتمس النيابة العامة إذا كانت هذه الجنح ثابتة بمحضر أو تقرير ويعاقب عليها فقط بغرامة لا يتجاوز حدها الأقصى 5000 درهم ولم يظهر فيها متضرر.

أما في الجنايات فتتم المتابعة من طرف قاضي التحقيق في حالاته الإلزامية أو الاختيارية[496]، وقد تتم مباشرة من طرف النيابة العامة مع احترام مقتضيات المادة 73 من ق.م. ج، كما قد تتم الإحالة من طرف المحكمة في حالة عدم الاختصاص، مع العلم أن النيابة العامة تتخذ مجموعة من القرارات الإدارية والقضائية من بينها قرار الحفظ[497] غير أن هذا القرار لا يعتبر قاطعا للتقادم.

وفي نفس السياق لا يعتبر نشر مذكرة بحث على الصعيد الوطني في حق المتابع إجراءا قاطعا للتقادم، وهو التوجه الذي كرسته محكمة النقض في أحد قراراتها، ومما جاء فيه " أن مجرد صدور مذكرة بحث على الصعيد الوطني من قبل الضابطة القضائية في حق المتابع بتهمة إصدار شيك بدون رصيد لا يقطع التقادم ما دام هذا الإجراء لم ينجز من طرف السلطة القضائية، فضلا على أن تاريخها يعود إلى أكثر من عشر سنوات قبل تحريك الدعوى العمومية[498] ". وفي المقابل تعتبر مذكرة البحث التي أمرت النيابة العامة بإنجازها إثر اطلاعها على المحاضر المتعلقة بالفاعل الأصلي من بين الإجراءات القاطعة لتقادم الدعوى العمومية على اعتبار أن البحث وإلقاء القبض إجراء قضائي يرتب الأثر القانوني[499].

2. إجراءات التحقيق

---

[496] تنص المادة 83 من ق.م.ج يكون التحقيق إلزاميا :

في الجنايات المعاقب عليها بالإعدام أو السجن المؤبد أو التي تصل الحد الأقصى للعقوبة المقررة لها ثلاثين سنة.

في الجنايات المرتكبة من طرف الأحداث.

في الجنح بنص خاص في القانون.

يكون اختياريا فيما عدا ذلك من الجنايات وفي الجنح المرتكبة من طرف الأحداث، وفي الجنح التي يكون الحد الأقصى للعقوبة المقررة لها خمس سنوات أو أكثر.

[497] حكم عدد 1948 الصادر بتاريخ 2017/7110/20، في ملف رقم 2016/7110/83، منشور بمجلة محاكمة، العدد 15، نونبر 2018، ص 296 وما يليها. حيث جاء فيه ما يلي : " قرارات الحفظ الصادرة عن النيابة العامة باعتبارها مقررات مرتبطة بتدبير الدعوى العمومية لها طابع قضائي يجعلها غير خاضعة لرقابة القضاء الإداري في إطار دعوى الإلغاء ".

[498] قرار عدد 3342 الصادر بتاريخ 2000/12/20، في الملف الجنحي رقم 00/13670، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 11، ص12.

[499] قرار عدد 7495 الصادر بتاريخ 05/3/2، في ملف جنحي رقم 04/21710، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 67، ص 395 وما يليها.



حدد المشرع المغربي - بعد التعديل الذي أدخله على المادة 6 من قانون المسطرة الجنائية- تحديدا دقيقا لإجراءات التحقيق القاطعة للتقادم فنص على أنه: " يقصد بإجراءات التحقيق في مفهوم هذه المادة، كل إجراء صادر عن قاضي التحقيق خلال مرحلة التحقيق الإعدادي أو التحقيق التكميلي وفقا لمقتضيات القسم الثالث من الكتاب الأول من هذا القانون"، وحسم بذلك الخلاف بشأن مفهوم هذه الإجراءات.

وعليه، تنقسم إجراءات التحقيق القاطعة للتقادم إلى نوعين وهي:

. إجراءات التحقيق الإعدادي وهي المنصوص عليها في المواد من 83 إلى 230 من ق.م. ج حيث تشمل جميع الإجراءات والأوامر الصادرة عن قاضي التحقيق في القضية المعروضة عليه كاستنطاق المتهم ابتدائيا وتفصيليا، أو إصدار لأمر بإيداعه في السجن، أو الاستماع للشهود في القضية أو مواجهة المتهم بهم أو قيامه بالحجز أو التفتيش، كما يدخل في إطار أعمال التحقيق الإعدادي القاطعة للتقادم انتداب قاضي التحقيق بإنابة قضائية أحد القضاة أو أحد ضباط الشرطة القضائية[500] داخل المغرب أو خارجه من أجل الاستماع لشهادة شاهد أو القيام بمعاينة، كما أن تكليف أحد الخبراء من قبل قاضي التحقيق[501] لإفادته في مسالة فنية أو تقنية يقتضي التحقيق تكوين فكرة عنها لاتخاذ القاضي القرار الملائم ، فكلها تعتبر إجراءات قاطعة للتقادم[502].

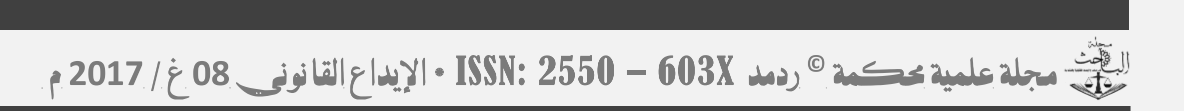
- إجراءات التحقيق التكميلي وتلجأ إليها المحكمة عندما تكون إحدى النقاط غامضة تحتاج إلى استجلاء الحقيقة، فتعهد لأحد أعضائها بإجرائها لتسليط الضوء عليها حينما يسمح لها القانون بذلك، كما هو الأمر بمقتضى المواد 238 و 241 و 324 و 362 و 439 و 453 و 732 من قانون المسطرة الجنائية.

3. إجراءات المحاكمة

[500] لكي يتسنى لضابط الشرطة القضائية القيام بإحدى إجراءات التحقيق أو المتابعة التي من شانها قطع التقادم المسقط للدعوى العمومية، ينبغي بالضرورة أن يكون هذا الأخير قد جاء بناء على أمر من السلطة القضائية، لذلك فان كل إجراء تم بمبادرة تلقائية من ضابط الشرطة القضائية يعد لاغيا ولا يشكل أي اثر على سريان مدة تقادم الدعوى العمومية.

[501] بناء على ما جاءت به المادة 194 من قانون المسطرة الجنائية.

[502] محفوض حجيو، مرجع سابق، ص 143.



ويقصد بها كل الإجراءات التي تتخذها المحكمة خلال دراستها للقضية، وتشمل هذه الدراسة البحث والمناقشات حسب المادة 304 من قانون المسطرة الجنائية، ويتضمن بحث القضية استنطاق المتهم والاستماع إلى الشهود والخبراء، وتقديم أدوات الإثبات وتقديم الدفوع والطلبات المادة 305 من ق. م. ج، وتتضمن المناقشات التي تجري بعد انتهاء البحث، من تقديم المطالب المدنية وملتمسات النيابة العامة، وعرض دفاع المتهم والمسؤول عن الحقوق المدنية ثم تمنح الكلمة الأخيرة للمتهم طبقا للمادة 306 من قانون المسطرة الجنائية[503].

ويعتبر تأخير القضية من طرف المحكمة إجراء قاطع للتقادم بدوره لأنه يدخل ضمن الإجراءات القضائية للتحقيق النهائي في القضية.

وتجدر الإشارة إلى أنه حتى لو صدر الإجراء القاطع لتقادم الدعوى العمومية من الجهة التي تعتبر إجراءاتها كذلك، فإنه يجب أن تكون هذه الإجراءات صحيحة حتى يتم اعتمادها لقطع التقادم، لأن الإجراء الباطل لا يمكن أن تترتب عنه الآثار القانونية؛ ومنها قطع تقادم الدعوى العمومية. وعليه فإذا لم يحضر المتهم الذي توصل باستدعاء باطل ومع ذلك اعتمدت المحكمة على التوصل فأصدرت حكمها في الجلسة أو في جلسة لاحقة لم يتجدد فيها الاستدعاء، كان كل من الاستدعاء والحكم باطلا، وبالتالي لا يقطع أي منهما التقادم[504]. كما لا ينقطع التقادم في الدعوى العمومية التي أقيمت خلافا للقانون كما لو رفعت دعوى عمومية بالقذف دون تقديم شكاية، فإنها لا تكون قاطعة للتقادم.

وتجدر الإشارة أيضا إلى أن حدوث إجراء قاطع للتقادم بالنسبة لبعض الأشخاص المعنيين بالمسطرة يؤدي إلى قطع التقادم بالنسبة إلى الباقين، وإن لم يشملهم الإجراء القاطع بأشخاصهم كما لو استمع قاضي التحقيق لأحد المتهمين، فإن تاريخ الاستماع يفتح أجلا جديدا

---

[503] تنص المادة 306 من قانون المسطرة الجنائية على ما يلي : " تجري المناقشات بعد انتهاء البحث، ما لم يتقرر خلاف ذلك بمقتضى قانون خاص، أو بأمر من الرئيس حسب الترتيب الأتي :

.يقدم الطرف المدني إن وجد طلبه بالتعويض عن الضرر؛

.تقدم النيابة العامة ملتمساتها؛

.يعرض المتهم دفاعه وكذا المسؤول عن الحقوق المدنية عند الاقتضاء؛

.يكون المتهم أخر من تكلم؛

.يعلن الرئيس بعد ذلك عن انتهاء المناقشات.

[504] أحمد الخمليشي، مرجع سابق، ص 106.

للتقادم بالنسبة لباقي المتهمين[505]. مما يعني أن إجراءات قطع التقادم هي إجراءات عينية تنصرف إلى الجريمة.

2/- الإجراءات القاطعة لتقادم العقوبة

حصر المشرع المغربي انقطاع التقادم على العقوبات المالية دون العقوبات السالبة للحرية حسب م 648 من ق. م ج. فالغرامات والمصاريف القضائية يمكن أن ينقطع تقادمها بكل إجراء من إجراءات تحصيل الغرامات يتم بمسعى من طرف الجهات المأذون لها بتحصيل تلك الأموال، وهي أساسا مصالح الخزينة ومصالح كتابات الضبط بالإضافة إلى قباض الجمارك والضرائب غير المباشرة وقباض إدارة الضرائب... حسب المادة 30 من مدونة تحصيل الديون العمومية[506].

وإجراءات التحصيل متعددة تشمل أشكال المطالبة بالأداء التي يحددها القانون 15.97 بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية، وتنص المادة الرابعة من هذا القانون على عدة طرق لتحصيل الديون العمومية ومن بينها:

- الغرامات[507] والإدانات النقدية والصوائر[508] والرسوم القضائية؛

---

[505] جاء في الفقرة الثانية من المادة 6 من ق م ج: "يسري هذا الانقطاع كذلك بالنسبة للأشخاص الذين لم يشملهم إجراء التحقيق أو المتابعة أو المحاكمة ".

[506] لقد حدد المشرع المغربي الأشخاص الموكول لهم القيام بعملية استخلاص الديون العمومية عن طريق التحصيل الجبري في ضوء مدونة تحصيل الديون العمومية، يتقدمهم الموظفون التابعون للخزينة العامة، أي أعوان التنفيذ التابعين لها، مع إمكانية الاستعانة ببعض الأشخاص ممن ذكرهم القانون، أي انه لا يمنع من الاستعانة بأعوان التبليغات والتنفيدات التابعين للمحاكم.لذلك خصت المدونة هؤلاء الأشخاص بنظام خاص نظرا للدور الذي يلعبونه في مجال تحقيق جزء كبير من عائدات الضرائب كمداخل لميزانية الدولة إلى جانب مصادر أخرى لتمويلها، عن طريق التنفيذ على أموال الملزمين سواء في ذلك المنقولة أو العقارية، وهو نظام مؤطر بستة مواد من 30 إلى 35 من المدونة.

- كريم لحرش ، الشرح العملي لمدونة تحصيل الديون العمومية - فقها، قانونا وقضاء-، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، 2015، ص 62.

[507] ينص الفصل 35 من القانون الجنائي على ما يلي:" الغرامة هي إلزام المحكوم عليه بأن يؤدي لفائدة الخزينة العامة مبلغا معينا من النقود بالعملة المتداولة قانونا في المملكة ".

[508] تنص المادة 50 من القانون رقم 23/86 المتعلق بتنظيم المصاريف القضائية في الميدان الجنائي على ما يلي :
تشمل تصفية المصاريف القضائية في كل قضية جنائية قسطا جزافيا مبلغه :
.30 درهم أمام المحاكم الابتدائية في قضايا المخالفات.
.100 درهم أمام المحاكم الابتدائية في القضايا الجنحية.

- **الأداء التلقائي للغرامة؛**

. بموجب إصدار أوامر فردية أو جماعية بالمداخل التي يصدرها الآمرون بالصرف المختصون وتكون هذه الأوامر بالنسبة للأحكام القضائية على شكل مستخرجات أو قرارات الحجز.

وتستوفى الغرامات بشكل رضائي أو بطرق التحصيل الجبري وذلك ابتداء من تاريخ استحقاقها. وتنص المادة 16 من مدونة تحصيل الديون العمومية على ما يلي: تستحق الغرامات والإدانات النقدية والمصاريف[509] القضائية المحكوم بها من طرف محاكم المملكة، بعد انصرام

.500 درهم أمام الغرف الجنائية لمحاكم الاستئناف وأمام جميع المحاكم الجنائية الأخرى، ولا سيما المحكمة العسكرية ماعدا محكمة النقض المحدد مبلغ الإيداع فيما يخصه بمقتضى قانون الإجراءات الجنائية.

وتزاد على المبالغ الأنفة الذكر :

.50 درهم في حالة استئناف حكم صادر عن محكمة ابتدائية في قضايا المخالفات.

.100 درهم في حالة استئناف حكم صادر عن محكمة ابتدائية في القضايا الجنحية.

ويستوفى المبلغ نفسه في حالة استئناف أمر لقاضي التحقيق أمام غرفة الجنح.

ويستوفي من جهة أخرى قسط جزافي مبلغه :

.20 درهم في حالة التعرض على حكم صادر غيابي صادر عن محكمة ابتدائية في قضايا المخالفات.

.50 درهم في حالة التعرض على حكم غيابي صادر عن محكمة ابتدائية في القضايا الجنحية.

.100 درهم في حالة التعرض على حكم غيابي صادر عن محكمة الاستئناف.

وزيادة على القسط الجزافي الأنف الذكر، يجب إذا استلزمت الإجراءات القيام بعمليات خبرة تتطلب مصاريف تتجاوز مبلغ القسط المذكور أمام أي محكمة من المحاكم، أن توضع قائمة لتصفية المصاريف المشار إليها يصدر في شانها أمر تنفيذ إضافي يزاد مبلغه على مبلغ مجموع القسط الجزافي في الحكم القاضي بأداء المصاريف.

ولتسهيل التصفية المذكورة يجب أن تضيف هيئة التحقيق إلى المستندات المتعلقة بالإجراءات بيانا لمصاريف عمليات الخبرة التي أمرت بها.

[509] تنص المادة 2 من نفس القانون المشار إليه سابقا :

تشمل المصاريف القضائية في الميدان الجنائي :

. مصاريف نقل المتهمين إلى هيئات التحقيق أو الحكم وكذا، إن اقتضى الحال، مصاريف نقل المحكوم عليهم من مكان اعتقالهم إلى مقر المحكمة المطلوب منهم الإدلاء بشهادتهم لديها، إذا تعذر نقلهم بوسائل إدارة السجون.

. مصاريف نقل أوراق الإجراءات وأدلة الإثبات.

. مصاريف تسليم المتهمين أو المحكوم عليهم والمصاريف التي يستلزمها تنفيذ الإنابات القضائية الواردة من بلد أجنبي أو الموجهة إليه وكذا جميع المصاريف الأخرى المتعلقة بالإجراءات الجنائية في الميدان الدولي.

. الأتعاب والتعويضات المستحقة للخبراء والتراجمة ومصاريف الترجمة.

. التعويضات المستحقة للشهود.

. مصاريف حراسة الأختام ومصاريف الإيداع في المحجز.

. مصاريف إلقاء القبض المستحقة لمأموري القوة العمومية لقاء تنفيذ سندات قضائية.

. التعويضات المستحقة للقضاة ومأموري كتابات الضبط في حالة تنقل وللمسعفات الاجتماعية للقيام بعمل يدخل في نطاق اختصاصاتهم فيما يرجع إلى القضاء الجنائي، أو إذا كانت المصاريف داخلة في حكم مصاريف القضاء الجنائي وفقا لأحكام المادة 3 بعده.

أجل ثلاثين يوما ابتداءا من تاريخ تبليغ الأحكام والقرارات المتعلقة بها، والمستنفذة لجميع طرق الطعن العادية[510].

وعليه فإن كل إجراء من إجراءات التحصيل الطوعية أو الجبرية يتم بمسعى من الجهات المأذون لها بتحصيل الغرامات والأداءات النقدية والمصاريف القضائية المحكوم بها من طرف المحاكم يعتبر إجراءا قاطعا للتقادم ويؤدي إلى فتح أجل جديد كامل للأداء لمدة أربع سنوات بالنسبة للعقوبات الجنحية المالية ولمدة سنة واحدة النسبة للعقوبات المالية من أجل المخالفات.

وبالرجوع إلى مقتضيات المادة 138 من مدونة تحصيل الديون العمومية[511]، يتضح لنا أن أجال التقادم هي نفس الآجال المنصوص عليها في قانون المسطرة الجنائية.

.مصاريف الاتصالات البريدية والبرقية والتليفونية السلكية أو التليفونية أو البرقية اللاسلكية وكذا مصاريف حمل الرزم إذا دعت إلى ذلك ضرورة التحقيق أو الحكم في الإجراءات الجنائية.

.مصاريف تنفيذ الأحكام الجنائية.

.مصاريف شهر الأحكام والأوامر القضائية،

.مصاريف دعاوى إعادة النظر والتعويضات المستحقة لضحايا الأخطاء القضائية.

وإذا تجاوز مبلغ المصاريف المبينة أعلاه المبلغ المقدر لها بصورة قانونية وفقا للتعويضات المعمول بها، وجب أن يكون ذلك مبررا بضرورة خاصة تستلزمها الإجراءات أو بظروف استثنائية تكتنف القضية، ولا يمكن السماح به إلا بإذن من الوكيل العام للملك إلى غاية 2.000 درهم وبإذن من وزير العدل إذا زاد المبلغ على هذا القدر.

ويكون الشأن كذلك إذا استلزم التحقيق في قضية جنائية مصاريف غير عادية لم ينص عليها في تعداد المصاريف الواردة أعلاه.

ولا تتوقف على الإذن المنصوص عليه أعلاه المصاريف المترتبة على تنفيذ أحكام المحاكم.

وتتقادم طبقا للمادة 52 بمضي 15 سنة.

[510] محمد عبد النباوي، مرجع سابق، ص 55 – 56.

[511] ثم تغير وتتميم المادة 138 أعلاه بمقتضى المادة 11 من قانون المالية رقم 80/18 للسنة المالية 2019 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1/18/104 بتاريخ 12 من ربيع الأخر 1440 (20 ديسمبر 2018)، الجريدة الرسمية عدد 6736 مكرر بتاريخ 13 ربيع الأخر 1440 (21 ديسمبر 2018)، ص 9608.

حيث تتقادم دعوى التحصيل :

فيما يخص الغرامات والإدانات النقدية غير الجمركية بمضي :

.خمسة عشرة سنة، بالنسبة للعقوبات الجنائية

.أربع سنوات، بالنسبة للعقوبات الجنحية

.سنة، بالنسبة للعقوبات عن المخالفات

وتسري أجال التقادم المنصوص عليها أعلاه ابتداء من استنفاد قرار الإدانة طرق الطعن العادية.

ينقطع التقادم المشار إليه في الفقرات السابقة بكل إجراء من إجراءات التحصيل الجبري يتم بمسعى من إدارة المالية أو مصالح كتابات الضبط بمحاكم المملكة.

وهو ما أكدته دورية رئيس النيابة العامة عدد 9 الصادرة بتاريخ 08 فبراير 2018، بشأن تقادم الغرامة المطلوب تنفيذ الإكراه البدني بشأنها والتي جاء فيها ما يلي : "حيث لا يخفى عليكم أن الغرامات بوصفها عقوبة تخضع للتقادم المقرر في المادة 648 وما يليها من قانون المسطرة الجنائية. وتحدد مدة تقادمها في سنة واحدة إذا كانت الغرامة صادرة في مخالفة، وفي أربع سنوات إذا كانت صادرة في جنحة. ويبتدئ أجل التقادم من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم الصادر بالعقوبة حائزا لقوة الشيء المقضي به (أي يصبح الحكم غير قابل لأي طريقة من طرق الطعن العادية أو للطعن بالنقض)".

وينقطع هذا الأجل طبقا لأحكام الفقرة الأخيرة من المادة 648 من قانون المسطرة الجنائية، وكذا الفقرة الأخيرة من المادة 138 من مدونة تحصيل الديون العمومية بكل إجراء من إجراءات التحصيل الجبري يتم بمسعى من إدارة المالية أو مصالح كتابات الضبط بمحاكم المملكة، فمن تاريخ أخر إجراء تباشره هذه المصالح كتبليغ الحكم أو توجيه الإنذار أو تقديم طلب الإكراه البدني للنيابة العامة يبدأ أجل جديد للتقادم.

ثانيا : الإجراءات الموقفة للتقادم الجنائي

على خلاف انقطاع التقادم فإن إيقاف التقادم الجنائي يقتصر على الدعوى العمومية دون العقوبة، ويقصد به توقف سريان مدة التقادم المقررة للجريمة بحسب نوعها لوجود مانع يقف حائلا دون اكتمال هذه المدة طالما بقي هذا العائق عالقا بها، فإذا ما زال عاد للسريان من جديد من الوقت الذي توقف عنده[512].

وبالرجوع إلى المادة 6 من ق. م. ج نجدها تنص على أنه تتوقف مدة تقادم الدعوى العمومية، فيما إذا كانت استحالة إقامتها ترجع إلى القانون نفسه.

وإذا كان المشرع المغربي يتحدث عن وقف تقادم الدعوى العمومية لأسباب قانونية (1) فقط، فإننا سنحاول التطرق لأسباب أخرى لوقف هذا التقادم، ويتعلق الأمر بالأسباب الوقف الو اقعية (2).

1/- الأسباب القانونية :

[512] عبد الواحد العلمي، شروح في القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية، مرجع سابق، ص 174.



وتعني الأسباب التي تحول دون السير في الدعوى العمومية في طريقها الطبيعي بناء على تطبيق نص قانوني وبالرجوع إلى المادة 6 من ق. م. ج نجد أن المشرع المغربي قد أقر صراحة إمكانية وقف تقادم الدعوى العمومية إذا كان سبب استحالة إقامتها راجع إلى سبب قانوني، إلا أنه لم يقم بتعداد هذه الأسباب في نص واحد، مما يمكن القول معه بأن هذه الأسباب أو الموانع تجد مصدرها في نصوص متفرقة سواء في القانون الجنائي أوفي غيرها من القوانين الخاصة ذات الطابع الجنائي، ومن أمثلة هذه الموانع الموجبة لوقف تقادم الدعوى العمومية نجد ما يلي :

.حالة توقف الفصل في دعوى عمومية على دعوى عارضة يتوقف عليها الفصل في الدعوى العمومية، فإذا رفعت دعوى باستعمال سند مزور، وكانت هناك دعوى ثانية عارضة مرفوعة عن تزوير ذلك السند فإنه حتى يقضي في جريمة الاستعمال يجب أولا معرفة حكم القضاء فيما إذا كان السند مزورا أو غير مزورا[513].

.حالة إصابة المتهم بخلل عقلي طرأ عليه أو اشتد عليه أثره بعد ارتكاب الجريمة: تعتبر حالة الجنون من أهم موانع المسؤولية الجنائية في القانون الجنائي المغربي، فكل من كان في حالة جنون عند ارتكابه لفعله الجرمي يعفى من العقاب طبقا للفصل 134 من ق. ج.

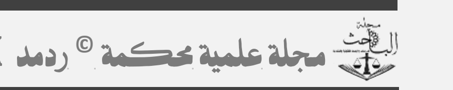
ولكن إذا كان الخلل العقلي قد طرأ على المتهم أو أشتد أثره بعد ارتكابه الفعل الجرمي فأصبح معه غير قادر على الدفاع عن نفسه فإنه يتعين على المحكمة أن تأمر بوقف النظر في الدعوى العمومية وإحالته على مؤسسة للعلاج، ليتم استئناف المحاكمة بعد انتهاء فترة العلاج[514]. دون احتساب مدة الإيداع ضمن أجل التقادم لأن القانون نفسه منع من مواصلة الدعوى العمومية خلال فترة العلاج في هذه الحالة حسب الفصل 79 من ق .ج.

. حالة وجود مسألة معترضة أمام المحكمة الزجرية وأرجأت النظر في الدعوى العمومية العالقة أمامها إلى حين الفصل في تلك المسألة المعروضة على جهة أخرى مختصة بالنظر فيها، فيتوقف سريان التقادم حتى صدور قرار أو حكم مبرم يفصل في تلك المسألة[515]، ومن الحالات التي يمنع فيها القانون المغربي نفسه من ممارسة الدعوى العمومية الحالة المنصوص علها في

[513]إدريس بلمحجوب، أبحاث في الفقه والقضاء على ضوء الاجتهادات للمجلس الأعلى، الجزء الثاني، المطبعة الأمنية الرباط، 2006، ص 33.

[514]محمد عبد النباوي مرجع سابق، ص 50.

[515] إلياس الحاج راستي، مرور الزمن الجزائي – دراسة مقارنة ، مطبعة منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2009، ص 182.



الفصل 475 من القانون الجنائي الذي ينص على تأخير الحكم بإدانة من اختطف قاصر وتزوج بها إلى حين صدور حكم من المحكمة المختصة ببطلان هذا الزواج، غير أنه لا يمكن إصدار حكم في الدعوى العمومية المقامة من أجل الاختطاف أو التغرير طيلة المدة التي تكون دعوى بطلان الزواج جارية[516]، ولا تحتسب هذه المدة في أجل التقادم لأن القانون نفسه منع البت في الدعوى العمومية ما لم يتم البت في بطلان الزواج.

غير أن الإشكال الذي يثار في هذا الجانب هو هل يتوقف سريان مدة التقادم في حالة توقف المتابعة على تقديم شكاية من المجني عليه ؟

على الرغم من أن تقديم الشكاية تعد هي نقطة البداية في تحريك الدعوى العمومية ورفع القيد الذي غل سلطة النيابة العامة، والقيام بأول عمل إجرائي يترتب عليه رفع الدعوى إلى سلطة التحقيق أو المحكمة للحكم فيها في بعض جرائم الشكايات[517].

فبالرجوع إلى قانون المسطرة الجنائية المغربي نجده لم يرد نصا يحدد فيه مدة تقادم الشكاية، وأمام سكوته عن ذلك، يرى البعض[518] أن وقت تقديمها يتحدد بفترة التقادم التي تنقضي بها الدعوى العمومية، والتي تختلف باختلاف نوع الجريمة، كما أن القول بتقييد بدء سريان مدة التقادم على تقديم الشكاية بالنسبة لتحريك الدعاوى المشتركة فيها، قد يؤدي إلى جعل من بيده هذه الإمكانية يتصرف ليس بالزيادة في مدد التقادم فقط، وإنما يمنع التقادم بالمرة عن جرائم خاضعة للتقادم في أصلها، بل يجعل تقادم الجريمة الواحدة يتغير بحسب إرادة من له الحق في تقديم الشكاية في حالة تعدد المساهمين والمشاركين في الجريمة الواحدة[519].

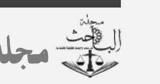
---

[516] أحمد الخمليشي، مرجع سابق، ص 100.

[517] هناك مجموعة من الفصول القانونية في القانون الجنائي تجعل الشكاية كقيد على المتابعة كالفصل 491 المتعلق بالخيانة الزوجية، والفصل 435 المتعلق بالسرقة في حق الأصول، والفصل 522 المتعلق باستعمال ناقلة ذات محرك بغير إذن مالكها.
كما لا يمكن تحريك المتابعة في حق البرلمانيين حسب ما ينص عليه الفصل 64 من الدستور المغربي لسنة 2011 أنه " لا يمكن متابعة أي عضو من أعضاء البرلمان، ولا البحث عنه، ولا إلقاء القبض عليه ولا محاكمته، بمناسبة إبدائه لرأي أو قيامه بتصويت خلال مزاولته لمهامه، ما عدا إذا كان الرأي المعبر عنه يجادل في النظام الملكي أو الدين الإسلامي، أو يتضمن ما يخل بالاحترام الواجب للملك".

[518] هاني يحيى الجعدبي، حقوق المجني عليه في التشريع الجنائي المغربي واليمني، .دراسة مقارنة ، مكتبة دار السلام .الطبعة الأولى، 2018، ص 40 .41.

[519] محفوض حجيو، مرجع سابق، ص 112.



ثانيا: الأسباب الو اقعية

وهي الأسباب التي تحول دون إمكانية السير في الدعوى العمومية بناء على حالات و اقعية وظروف قاهرة لا يمكن تفاديها، فتؤدي إلى وقف سريان التقادم خلال الفترة التي توجد فيها ومن الأمثلة على ذلك نجد:

1- حالة الكوارث الطبيعية كالفيضان أو الوباء أو الزلزال التي تجعل الاتصال متعذرا بين المناطق المختلفة مما يترتب عليه تعطيل سير مر افق الدولة بصفة عامة، وبالتالي إيقاف مدة التقادم طالما استمرت هذه الكوارث.

2- حالة وقوع حرب داخلية أدت إلى تعطيل عمل الأجهزة القضائية وكذلك الأمر في حالة احتلال البلاد من قبل جيوش أجنبية حيث أنه في الحالتين يستحيل إجراء أي عمل من أعمال المتابعة كما يستحيل متابعة النظر في الدعوى سواء من قبل السلطة المكلفة بالتحقيق أو قضاة الحكم، مما يستوجب إيقاف مدة تقادم الدعوى العمومية ريثما يزول العائق الذي حال دون متابعتها لسيرها العادي.

3- حالة امتناع دولة أجنبية عن تسليم المتهم المطلوب استرداده من قبل الدولة الطالبة فإذا ما ارتكب شخص جريمة مثلا ولاذ بالفرار إلى بلد أجنبي، وطالبت الدولة المغربية باسترداده من الدولة الأجنبية لكن هذه الأخيرة امتنعت عن تسليمه للدولة الطالبة، فإنه في هذه الحالة يتوجب أن يتوقف سريان التقادم طوال فترة امتناع الدولة الأجنبية عن تسليم المطلوب استرداده إلى حين تسلمه، وفي هذا الإطار ذهبت محكمة النقض في قرار لها إلى أن "الطاعن أنجزت في حقه مذكرة بحث بتاريخ 1998/1/21 فأفيد أنه يوجد بالسجن بإسبانيا تنفيذا لعقوبة حبسية مدتها أربع سنوات ابتداء من أبريل 1998، و أنه بمقتضى طلب التسليم من السلطات القضائية المغربية وضع رهن إشارة هذه الأخيرة بتاريخ 2004/03/18 وكان المقرر بمقتضى المادة 6 من ق م ج أن مدة التقادم تتوقف كلما كانت استحالة القيام بإجراءات الدعوى العمومية متأصلة من القانون، فإنه لما كان من المستحيل مواصلة إجراءات الدعوى العمومية في مواجهة الطاعن بسبب وجوده لمدة

أربع سنوات بالسجن خارج التراب الوطني إلى حين تسليمه فإن مدة التقادم تتوقف ولا يبتدئ سريانها إلا بعد زوال السبب المذكور[520] ".

وعليه، نجد أن المشرع المغربي قصر إمكانية وقف سريان مدة التقادم في حالة وجود مانع من الموانع القانونية فقط دون الموانع الواقعية.

خاتمة:

خصص هذا المقال لدراسة التقادم الجنائي باعتباره أحد الأنظمة القانونية المؤسسة على فكرة نسيان المجتمع للجريمة وسقوطها من ذاكرة المجتمع، حيث تكون المشاعر الغاضبة قد هدأت ورغبة الانتقام قد تلاشت، وبالتالي انعدام وجود الفائدة من عقاب الجاني، وهو الأمر الذي تفرضه كذلك حسن سير العدالة.

إضافة إلى ذلك الاكتفاء بمعاناة الجاني جزاء ما لاقاه من الاضطراب والوجل أثناء المدة المقررة لانقضاء الدعوى الجنائية، حيث يشعر بالخوف والقلق كل يوم من إثارة الدعوى ضده، فشبح الجريمة يلاحقه أينما حل، وحيثما سار يخشى دائما وقوعه في يد العدالة للقصاص منه، ولربما كان هذا الخوف كافيا في ذاته لردع هذا الجاني وإصلاحه .

وبالرغم من أهمية فكرة التقادم الجنائي فإنها لم تسلم من نقد، على اعتبار أنها تشجع المجرم على الإفلات من العقاب ولأنه يترك خطورته الإجرامية قائمة على المجتمع خاصة بالنسبة للمجرم المعتاد والمجرم بالفطرة عند المدرسة الوضعية، ومهما كانت المأخذ التي يمكن أن تعزى إلى اعتناق التقادم، فان المشرع المغربي المؤيد بالفقه قد غلب محاسنه على مساوئه وأخذ به في قانون المسطرة الجنائية الحالية والملغاة مخصصا له ثلاث نصوص 4 و5 و6 ق م ج، كما أقره القضاء المغربي في العديد من قراراته.

وعليه، يمكن أن نخلص من كل ما تقدم إلى ما يلي:

---

[520] قرار عدد 7/370 الصادر بتاريخ 14 فبراير 2007، في ملف جنحي رقم 06/13550، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، قرارات الغرفة الجنائية، العدد 69، السنة 2008، ص 256.

▪ أن التقادم كمؤسسة قانونية يكون إعمالها في حالة عدم ممارسة الشخص المتضرر من الفعل الجرمي لحقه، إذ بموقفه السلبي هذا يحرم قانونا من هذا الحق، سواء تعلق الأمر بالدعوى العمومية أو بالعقوبة على حد سواء.

▪ أن قواعد التقادم تتصف بكونها قواعد شكلية تطبق فور صدورها .

▪ ضرورة الإبقاء على نظام التقادم الجنائي مما يستتبعه من خدمة لأهداف السياسة الجنائية الهادفة أساسا لتحقيق العدالة الجنائية مع وضع الضمانات الكافية لمحاربة الإفلات من العقاب.

▪ ضرورة التدخل التشريعي للتنصيص على عدم تقادم جرائم المال العام أو على الأقل عدم إخضاعها للقاعدة العامة فيما يخص بداية سريان التقادم . أي سريان التقادم من يوم ارتكاب الجريمة . لأن الأخذ بذلك سيؤدي إلى إفلات العديد من الجناة من العقاب.

▪ ضرورة تطويل آجال التقادم لمنع إفلات المجرمين من العقاب تماشيا مع المقاربة الأمريكية القائمة على مبدأ عدم تقادم الجرائم بصفة نهائية. بل يجب على المشرع المغربي أن يتراجع عن هذه الخيارات والتي تتعارض مع مضمون السياسة الجنائية المعاصرة للتصدي لتنامي الجريمة المنظمة العابرة للحدود والإرهاب الدولي وتجارة المخدرات والاتجار في البشر وتزييف العملات بما يضمن محاصرة ناجعة وفعالة للجريمة، بحيث لا يوجد سبيل أفضل من تشديد الخناق على العصابات الإجرامية إما عن طريق تطويل مدد تقادم الجريمة أو اللجوء إلى حذفه نهائيا.

▪ وجوب تدخل المشرع المغربي لحسم النقاش الدائر حول المعيار الذي على أساسه يتم احتساب التقادم، هل هو بالعقوبة المحكوم بها أم بوصف الجريمة المرتكبة.

▪ على الرغم من أهمية التعديلات التي أدخلت على المادة 6 من قانون المسطرة الجنائية بمقتضى القانون رقم 35.11 من حيث حصر الإجراءات القاطعة للتقادم في المتابعة أو التحقيق أو المحاكمة، إلا أن العمل القضائي لازال لم يستقر على رأي قار بخصوص ما إذا كانت التعليمات التي توجهها النيابة العامة للشرطة القضائية ومذكرات البحث التي تصدرها هذه الأخيرة تعد إجراء قاطعا للتقادم أم لا، حيث بات من اللازم التدخل بقرار قضائي حاسم للخلاف وملزم

لجميع المحاكم، في إطار مهام محكمة النقض التي منحتها المادة 518 من قانون المسطرة الجنائية مهمة توحيد الاجتهاد القضائي.

- هناك بعض النصوص القانونية التي أصبحت متجاوزة وغير محينة كالفصل 54 من القانون الجنائي، الذي لا زال يحيل على مواد كانت تتعلق بالتقادم، وأصبحت تتعلق بمسطرة رد الاعتبارولم يتم التفكيرفي تعديله.

المراجع المعتمدة

مراجع باللغة العربية :

كتب

- أحمد الخمليشي، شرح القانون الجنائي – القسم العام، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 1989،

- أحمد فتحي سرور، الوسيط في شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985.

- أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، القاهرة، 1959.

- الحسن هوداية، أهم قرارات المجلس الأعلى في التقادم، المادتين الجنائية والمدنية، سلسلة المكتبة الجنائية، دار القلم، الرباط، 2010

- إلياس الحاج راسي، مرور الزمن الجزائي – دراسة مقارنة ، مطبعة منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2009.

- سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2005.

- عبد الفتاح مصطفى الصيفي، حق الدولة في العقاب، نشأته و اقتضاؤه و انقضاؤه، دار الهدى للمطبوعات، الطبعة الثانية، الاسكندرية، 1985.

- عبد الواحد العلمي، شرح القانون الجنائي المغربي . القسم العام، الطبعة السابعة، 2016.

- عبد الواحد العلمي، شروح في القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثامنة، الدار البيضاء، 2019.

- فريد الزغبي، الموسوعة الجنائية، الطبعة الثالثة، المجلد الثامن، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، 1995.

- كريم لحرش، الشرح العملي لمدونة تحصيل الديون العمومية - فقها، قانونا وقضاء-، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، 2015.

- محمد أحداف، شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الأول، مطبعة سجلماسة، مكناس، 2018.

- محمد عبد النباوي، تقادم الدعوى العمومية وتقادم العقوبة، مجلة الشؤون الجنائية، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، العدد الأول، دجنبر 2001.

- محمد عبد الحميد الألفي، شروح عملية في قانون المسطرة الجنائية المغربي . دراسة مقارنة . طبقا لأحداث قرارات المجلس الأعلى المغربي ومحكمة النقض المصرية، الجزء الأول، دار محمود، القاهرة، توزيع بالمغرب مكتبة الرشاد، سطات، 2010.

- مصطفى يوسف، التقادم الجنائي و أثره الإجرائي والموضوعي، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2010.

- نبيل عبد الصبور النبراوي، سقوط الحق في العقاب بين الفقه والتشريع الوضعي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996.

مقالات

- حميد ميمون، الإشكاليات العملية في تقادم العقوبات الزجرية، مجلة الإشعاع، العدد 32، 2007.

- جعفر علوي: علاقة قاضي الانتخابات بالقاضي الجنائي في مجال مكافحة الجرائم المرتبطة بالانتخابات، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 59 ، 2004.

رسائل جامعية

- محفوظ حجيو، التقادم المسقط للدعوى العمومية في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، وجدة، السنة الجامعية 2010 – 2011.

- يوسف الشوفاني، التقادم الجنائي وضرورات العدالة الجنائية، جامعة محمد الخامس السويسي ، رسالة لنيل شهادة الماستر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسلا، السنة الجامعية 2012/2011.

<u>مجلات</u>

- شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الثالث، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية و القضائية، عن وزارة العدل، سلسلة شروح و دلائل، العدد 8، يونيو 2007

- مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 67،

- مجلة محاكمة، العدد 15، نونبر 2018.

- مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 11.

الأستاذ أحمد فواز إبراهيم
باحث بسلك الدكتوراه في جامعة الحسن الأول تخصص
القانون الدستوري والعلوم السياسية.

حكامة الانتقال الديمقراطي "المغرب وتونس" أنموذجاً

Governance of the democratic transition "Morocco Tunisia is an example

مقدمة:

الديموقراطية هي كلمة إغريقية الأصل، ومشتقة من (demokratia) بمعنى الشعب والحكم. لكن لم تكن الديموقراطية بمفهومها الحالي عند الإغريق، فالحرية الشخصية وحرية المُلكية، وحرية العقيدة لم تكن موجودة بمفهومها عند الفرد الإغريقي، إذ كان الفرد مصهوراً بالدولة، ويخضع للدولة بكافة مناحي الحياة[521]. ومرت الديموقراطية بعملية من التطور والنضوج سواء على الصعيد الاصطلاحي أو الفكري، فمنذ النصف الثاني من القرن الخامس عشر قبل الميلاد، عندما بدأ الأفراد اليونانيون (الديموس) يتشربون تدريجاً فكرة أنهم الممثلون الوحيدون للسطلة الشرعية[522].

وظهرت فكرة الديموقراطية بشكل واضح بعد الثورة الفرنسية، وما نتج عنها عن إعلان حقوق الإنسان الصادر في فرنسا عام 1789، فحسب المادة (3) فتنص على أن "الأمة هي مصدر كل سلطة. وكل سلطة للأفراد والجمهور من الناس لا تكون صادرة عنها تكون سلطة فاسدة"[523] وبذلك الأمر أصبحت الديموقراطية ذات صبغة قانونية، فمشاركة الأفراد في الحكم هي أسمى معاني وصفات الديموقراطية.

وباتت الديموقراطية تتسع لتشمل العديد من المفاهيم والمصطلحات، كمفهوم تداول السلطة، والمشاركة السياسية، والمشاركة في العملية الإنتخابية، ونظام الحقوق والحرية

---

[521] س. م. لحام، ومجموعة مؤلفين آخرين. **القاموس السياسي ومصطلحات المؤتمرات الدولية**. بيروت: دار الكتب العالمية، ط1، 2004م. ص108.

[522] روبرت، دال. **الديموقراطية ونقادها**. بيروت: دار الفارس للنشر والتوزيع، ط2، 2005م. ص29.

[523] إنظر **المادة رقم 3 من الإعلان العالمي لحقوق الانسان والمواطن** الصادر عن الجمعية الوطنية في 26 آب/أغسطس 1789. يعتبر الإعلان من وثائق الثورة الفرنسية الأساسية وتُعرَّف فيها الحقوق الفردية والجماعية للأمة.



بشقيها الفردي والجماعي، وتعنى الديموقراطية أيضاً بالتعددية الحزبية أو التعددية الناتجة والتعامل مع الأكثرية والأقلية في آن واحد، وأضاف المفكران (جون لوك ومونتسكيو) مفهوماً جديداً للديمقراطية، وذلك من خلال ما أضفوه من مبدأ فصل السلط، وعدم هيمنة سلطة على السلط الأخرى، وبالتالي فردية الحكم[524].

يعد تعريف (جوزيف شومبيتر)* للديمقراطية من أهم الصيغ التي أضفت لتعريف الديموقراطية منحى أخر في العصور الحديثة، فالديموقراطية بنظره هي" اتخاذ التدابير المؤسساتية من أجل التوصل إلى القرارات السياسية التي يكتسب من خلالها الأفراد سلطة اتحاذ القرارعن طريق التنافس على الأصوات"[525].

أما على الصعيد الحكامة، فلقد استعمله أفلاطون لأول مرة بطريقة مجازية وذلك ليوصف فعل قيادة الأفراد، فالحكامة في اللغة اللاتينية (guberanare) نفس المعنى الذي اطلقه افلاطون[526].

أما الحكامة في اللغة الفرنسية تعني (حكم/حكومة/حكامة) واستخدم هذا المصطلح لأول مرة في القرن الثالث عشر، كدلالة عن فن الحكم. ويقابل مصطلح الحكامة في اللغة الفرنسية نفس المعنى في اللغة الإنجليزية، إلا أن استخدامه في بريطانيا تم في القرن الرابع عشر، ليدل على طريقة الحكم المتبعة، أما في الولايات المتحدة الأمريكية فظهر هذا المصطلح لأول مرة في القرن العشرين، كمفهوم رئيسي في عالم الشركات والمنظمات[527].

اذن من خلال تلك المقدمة التي وضحت لنا مفهومي الديموقراطية والحكامة، يمكن صوغ الإشكالية التالية: هل هنالك خيط رابط بين الإنتقال الديمقراطي والحكامة؟

ومن خلال تلك الإشكالية يمكن صياغة مجموعة من الأسئلة الفرعية:

1- ما هي علاقة الإنتقال الديمقراطي بالحكامة؟

---

[524] عامر، باسل. رسالة ماجستير بعنوان: **أزمة المشاركة السياسية وتأثيرها على عملية التحول الديمقراطي في فلسطين (1993-2013)**. جامعة النجاح الوطنية: كلية الدراسات العليا، 2014م. ص 45.

[525] هانتنجتون، صامويل. **الموجة الثالثة التحول الديمقراطي في أواخر القرن العشرين**. القاهرة: دار سعاد الصباح، ط1، 1993م. ص64-65.

* جوزيف ألويس شومبيتر، عالم أمريكي في الاقتصاد والعلوم السياسية من أصل نمساوي. اشتهر بترويجه لنظرية الفوضى الخلاقة في الاقتصاد.

[526] غلمان، فاطمة. **الحكامة العالمية: الشق الإصطلاحي والبعد العلمي**. المغرب: المجلة المغربية للتدقيق والتنمية، ع41، 2015. ص8.

[527] غلمان، فاطمة. مرجع سابق. ص8.

2- هل هنالك إنتقال ديقمراطي بدون حكامة؟

3- هل هنالك نماذج (دولية) استطاعت تطبيق مبدأ حكامة الإنتقال الديمقراطي؟

ويمكن تقسيم البحث ضمن التصميم التالي: المبحث الأول: الإطار النظري للحكامة والانتقال الديمقراطي. المبحث الثاني: الحكامة والإنتقال الديمقراطي (نماذج).

المبحث الأول: الحكامة والإنتقال الديمقراطي

اختلفت النماذج التي تفسر عملية الانتقال الديمقراطي (التحول الديمقراطي) بين عدة مناهج دراسية، فمنهم من أهتم بدراسة وتحليل البنيات الاجتماعية والاقتصادية للمجتمع، بينما تتجه بعض الدراسات في تحليل المفهوم النخبوي في عملية الانتقال الديمقراطي، وبعض المناهج تركز على البعد الثقافي للمجتمع، وبعض النماذج التي عالجت مفهوم التحول الديمقراطي من الزاوية السيسيولوجية والطبقية.

يدل لفظ التحول على التغير أو النقل، وتقابل كلمة التحول في اللغتين الفرنسية والانجليزية (Transition) وتعني المرور، أو الانتقال من حالة معينة أو من مرحلة أو مكان معين إلى حال أو مرحلة أو مكان آخر.

يعنى التحول الديمقراطي بالإطار النظري على أنه "هي عمليّة الإنتقال من النّظم التّسلطيّة إلى أخرى غير تسلطيّة أو تعدّديّة، والتّخلص من نظم الهيمنة نحو صيغ أكثر ديمقراطيّة في الحكم يكون عمادها مبدأ المساواة بين المواطنين ومشاركتهم الحرة في الحياة العامة، وتوسيع هامش الحريّة واحترام حقوق الإنسان"[528]

شهد العالم ولا زال يشهد تطورات كثيرة وسريعة ومتلاحقة في كافة نواحي الحياة، سواء على الصعيد السياسي، أو الاقتصادي، أو الاجتماعي، أو الثقافي؛ وذلك بفعل الثورة التكنولوجية، والمعلوماتية، والاقتصادية، وبالتالي فإن المجتمعات المتقدمة هي التي استطاعت أن تسير مع موجة الحداثة التي عصفت على تلك المجتمعات، وأصبحت من الدول التنموية، مما وسع دائرة الهشاشة والتخلف مع تلك المجتمعات التي لم تستطع مواكبة تلك التنمية.

[528] بلعور، مصطفى. أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه بعنوان: **التحول الديمقراطي في النظم السياسية العربية - دراسة حالة النظام السياسي الجزائري (1998-2008)**. الجزائر: جامعة بن يوسف بن خدة، 2009-2010. ص18.

لقد ارتبط مصطلحي الحكامة والانتقال الديمقراطي برقي الدول وتقدمها وتصنيفها من ضمن الأنظمة الديموقراطية، وذلك لإرتباط الحكامة والديموقراطية بشكل لا يمكن أن يفصل في هذا القرن الذي يشهد تطورات كبيرة، وخصوصاً التطورات الاقتصادية السياسية. فلم يعد يقتصر وجود ديمقراطية في دولة بدون حكامة، لما للحكامة من أسلوب حكم رشيد داخل أي نظام ديقمراطي. وبالتالي سنتطرق للإطار النظري للحكامة (المطلب الأول)، وللإطار النظري للإنتقال الديمقراطي في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإطار النظري للحكامة

لقد برزت فكرة الحكامة العالمية كمبدأ مصاحب لنمو التبادل والترابط بين الدول، وظهور القضايا ذات البعد العالمي، وذلك خلال السنوات الثلاثين الماضية، واتصفت هذه المرحلة بالعديد من المتغيرات، كتقليص الحدود بين المجال الداخلي والخارجي، وتسارع النمو الاقتصادي بشكل كبير، كما أن الدولة لم تعد مغلقة على نفسها، وأصبح التعامل الجماعي مع المشاكل أفضل من التعامل معها بشكل فردي، كل هذه المتغيرات والصفات أصبحت تحتم على الدول اتخاذ إجراءات عقلانية في التعامل مع القضايا التي تهمها. سنحاول في هذا المطلب معاجلة الحكامة من الناحية النظرية، بحيث سنعالج في (الفرع الأول) مفهوم الحكامة، وأهم الأسس والمرتكزات التي تقوم عليها الحكامة الديموقراطية في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المسارات التاريخية لمفهوم الحكامة.

عندما ارتبط مفهوم الحكامة بالساحة السياسية وتدبير الشأن العام، كان مفهوم الحكامة فقط يرتبط بممارسة الحكم الرشيد من قبل النظام، وبالتالي ارتبط فقط بالإطار الكلاسيكي أو التقليدي لمفهوم الدولة، والصيغة التقليدية (الدولة والمجتمع المدني) تعني تماما الفصل بين كيانين هما الدولة والمجتمع المدني، على عكس النظريات الحديثة التي تنظر إلى الدولة بكافة بنياتها (المؤسسات الدستورية، الأحزاب السياسية، تنظيمات المجتمع المدني، وغيرها...) وبالتالي أصبح مفهوم الحكامة المرتبط بالفعل السياسي مغايراً عما كان عليه في السابق[529].

[529] وكيلي، محمد عزيز. **الحكامة الجيدة السياقات الكبرة...والأبعاد**. قسم الموارد البشرية والشراكة والاتصال بالأكاديمية الجهوية للتربية والتكون-جهة الدرا البيضاء، بدون سنة نشر. ص188

يشكل مفهوم الحكامة اليوم جزءاً من التراث الدولي المشترك، ويتم استخدامه في مجالات عديدة ومتنوعة، ولكن يكتسي مفهوم الحكامة بالإبهام الجزئي، يفسر البعض هذا الإبهام لارتباط مفهوم الحكامة بالثقافة الأنجلوسكسونية البراغمتية، وتعرضه لتفسيرات متنوعة وذاتية (أيديلوجية).

والحكامة كمفهوم يقصد بها "عملية تنسيق جماعي بين فاعلين وفئات اجتماعية ومؤسسات لتحقيق أهداف محددة في بيئات متباينة، أ, كشكل تفاعل جديد للقيادة حيث يشارك الخواص ومختلف المؤسسات العمومية أو الجماعات المدنية في صياغة السياسات"[530].

لقد عبر مفهوم الحكامة في القرون الوسطى عن قيادة الشيء، وظل هذا المفهوم مستخدماً حتى جاء العصر الكلاسيكي للدولة، بحيث أدى التنظير في مفهوم الدولة والوسيلة الأنجع للحكم خصوصاً لدى أفكار ميكافيلي وجان بودان، بحيث أصبحت الحكامة في هذا العصر ترتبط إرتباطاً وثيقاً بمفهوم احتكار الدولة للسلطة في مجال جغرافي محدود. وبالتالي فإن الحكامة ارتبطت بمفهوم الحكومة وفكرة سلطة الدولة المركزية الهرمية، بحيث أصبحت الحكامة تعبر عن الوسيلة المناسبة لإدارة الشؤون العامة.

تغيرت معالم مفهوم الحكامة بالعصر الحديث تدريجياً خصوصاً بعد المقال الاقتصادي للعالم الأمريكي (رونالد) بعنوان (the nature of the firm) عام 1937م، بحيث وضح فيها مفهوم الحكامة من خلال الشركات الاقتصادية التي تتطور لأن سبل تنسيقها الداخلي تساهم في تخفيض تكاليف المعاملات التي ينشئها السوق، مما يجعل الشركة أكثر كفاءة من السوف فيما يخص تنظيم بعض المبادلات[531].

وانطلقت الأبحاث التي تهتم بالحكامة (حكامة الشركات الاقتصادية) بعد المقال الاقتصادي السابق، من خلالي تبني استراتجتين أساسيتين، الأولى تهئ بروتوكول داخلي، عندما تكون المؤسسة مندمجة، والثانية إبرام عقود وشركات، واستعمال معاير خاصة عند التعاقد مع مقاولين خارجيين.

530 غلمان، فاطمة. مرجع سابق. ص9
531 غلمان، فاطمة. مرجع سابق. ص10.



بدأ رجال الأعمال الأمريكين في استخدام مفهوم الحكامة داخل السوق الأمريكي في سنوات الثمانينات، وانتقل هذا المفهوم إلى حقل العلوم السياسية وبالتحديد في حقل العلاقات الدولية، بحيث أصبح يستخدم كمفهوم الحكامة الرشيدة، وأصبح متداولاً في المؤسسات الدولية في إطاروضع معايير خاصة بإدارة عمومية جيدة في الدول الخاضعة لبرامج التقويم الهيكلي، والقيام بإصلاحات مؤسساتية لإنجاح برامجها الاقتصادية.

ومع تصاعد موجة العولمة والتدفقات العابرة لحدود، وثورة المعلوميات وتقنية الاتصالات، وفي التراجع المتزايد لشرعية الدول وفعالية الرقابة السياسية ونهاية القطبية الثنائية، أصبحت الحكامة وسيلة مهمة في كافة المجالات السياسية والإقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية.

وفي القرن الواحد والعشرون، أصبح مفهوم الحكامة يستخدم بكثرة بكافة المجالات، بحيث أصبح مفهوماً جامعاً، فيتم استخدامه في الخطابات السياسية، ووسائل الإعلام، والشركات والمنظمات غير حكومية، والهيئات والمنظمات الدولية، والدول. وبالتالي أصبح المفهوم متعدد المعاني وشديد المرونة بحيث يطلق على مجموعة من الإجراءات التقنية التي تخدم المصالح، بوسيلة عقلانية.

الفرع الثاني: الحكامة الديمقراطية

كما تم توضحيه في الفرع الأول من هذا المطلب، فإن الحكامة الديموقراطية هي عبارة عن مسار أو مسلسل من خلاله تمارس السلطة بدون تحديد الأهداف المعلنة المنشودة، وبالتالي فإن الحكامة هي منهج ووسيلة وليست غاية في حد ذاتها، فهي تتعلق بالطرق والآليات وليس الأهداف.

من وجهة نظر الأمم المتحدة تعني الحكامة على أنها "ممارسة السلطة بأبعادها الاقتصادية والسياسية والإدارية في تدبير شؤون البلد على كافة المستويات، وهي تشتمل على الآليات والمؤسسات والممارسات التي من خلالها يبلور المواطنون مصالحهم، ويمارسون حقوقهم الشرعية، ويؤدون التزاماتهم ويديرون خلافاتهم"[532]

[532] براو، محمد. **الإطار الدستور الجديد والحكامة الديموقراطية الرشيدة**. المغرب: منشورات مجلة العلوم القانونية-سلسلة الدراسات الدستورية والسياسية، ع2، 2014. ص11.

وعليه فإن مجمل الدراسات المحكمة، خرجت بنتائج بأن الدول يجب أن تتحول ديموقراطياً من أجل الوصول إلى الهدف المنشود من الحكامة، المتعلقة بصنع القرار، بشكل يسمح الرقابة من قبل الشعب، وتلك الرقابة تأتي بعد تمتع كافة الأفراد بالحقوق المتساوية في المشاركة في عملية صنع القرار، سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة.

وللحكامة الديموقراطية عناصر، حسب معايير الأمم المتحدة، ومنها تطوير التعددية، وتطوير وسائل حماية حقوق الإنسان، وتدعيم حقوق الإنسان، وتنمية وتغذية وتثبيت نظام انتخابي يتيح التعبير الحر والنزيه للشعب من خلال انتخابات دورية ذات مصداقية، وخلق وتطوير الأسس القانونية والآليات الضرورية التي تتيح مشاركة كافة أعضاء المجتمع في تنمية وتثبيت الديموقراطية، و أيضاً تقوية الديمقراطية من خلال الحكامة الرشيدة، ومن خلال تطوير آلية للتنمية المستدامة، ودعم التآلف والتضامن الاجتماعي[533].

ولتحقيق تلك العناصر[534] لا بد من تثبيت عناصر الحكامة الديموقراطية، ويمكن استخلاص أهم تلك العناصر في:

1- مأسسة الإصلاح: بحيث يكون الإصلاح منهج وعمل مؤسس، ونظام مستقر، وقوانين جارية، بحيث لا يكون الإعتماد فقط على كاريزمة فرد أو جماعة في الحكم.

2- الرؤية الإستراتيجية: أي التوفر على منظور بعيد للتطوير سواء على الصعيد المحلي أو الوطني، ورؤية واضحة للأهداف من خلال الخطط السليمة لإدارة موارد الدولة، والقدرة على التكييف مع المتغيرات الداخلية أو الخارجية.

3- المشاركة: نعني بالمشاركة أي العدالة الاجتماعية للأفراد داخل الدولة، وإشراكهم في إتخاذ القرارات، بالطرق المباشرة أو الغير مباشرة.

4- حكم القانون: ونعني بحكم القانون (إستقلال القضاء) بحيث يتم تطبيق كافة الأحكام بدون تمييز، وتكون المحاكم شفافة للجميع.

5- الشفافية: بحيث تكون كافة المعلومات التي بحوزة السلطات العمومية متاحة للجميع، وذلك في إطار الرقابة المستمرة من قبل أفراد الدولة لتلك السلطات.

[533] براو، محمد. مرجع سابق. ص12.
[534] براو، محمد. مرجع سابق. ص13-14.



TEL + 212 771394949 www.allbahit.com Majalatlbahit2017@gmail.com

6- الرقابة والمحاسبة والمساءلة: وجود نظام متكامل للرقابة والمحاسبة والمساءلة، وإمكانية تطبيق هذا النظام على جميع متخذي القرار.

المطلب الثاني: ماهية الانتقال الديمقراطي

ساهمت التحولات الدولية التي عرفها العالم، خلال العقود الثلاثة الأخيرة من القرن الماضي، في تراجع التوجهات التسلطية، وتنامي التحولات الديمقراطية في العديد من الأنظمة بهدف تغييرها والتخلص من نظم الهيمنة إلى صيغ أكثر ديمقراطية في الحكم[535]. حيث أصبحت مسألة الانتقال الديمقراطي من أهم القضايا التي تعرض لها علم السياسة والنظرية السياسية بالبحث والمتابعة[536]. وللوقوف عند ماهية الانتقال الديمقراطي، سيتم التطرق لبعض المفاهيم التي تؤصل لعملية الانتقال الديمقراطي (فقرة أولى)، ثم رصد الأسباب التي تؤدي إلى الانتقال (فقرة ثانية).

الفرع الأول: مفهوم الانتقال الديمقراطي

ظهر مفهوم الانتقال الديمقراطي في بداية الأمر في سياق الحديث عن التجربة الإسبانية، للدلالة على الانتقال من نظام الجنرال "فرانكو" الاستبدادي إلى نظام ديمقراطي، ثم تم تعميمه في بداية تسعينيات القرن الماضي إثر انهيار الاتحاد السوفياتي. وفي هذا السياق، تم إرساء نموذج جديد في العلوم السياسية أطلق عليه اسم "علم الانتقال الديمقراطي"، حيث قام مجموعة من الباحثين بإجراء مقارنات بين عدة دول بهدف تحديد مراحل الانتقال الديمقراطي. وذلك من أجل تقديم الدعم والمساعدة لكل الذين يلتزمون بترسيخ قيم الديمقراطية.

يمكن تعريف الانتقال الديمقراطي بأنه التحول من نظام سلطوي إلى نظام ديمقراطي، أي عملية الانتقال من النظم السلطوية إلى النظم التعددية، والتخلص من نظم الهيمنة إلى صيغ أكثر ديمقراطية في الحكم، والعمل على إيجاد نظام سياسي اجتماعي يقيم العلاقة بين الأفراد والدولة على مبدأ المساواة بين المواطنين، ومشاركتهم الحرة في وضع التشريعات التي تنظم الحياة العامة[537]. كما يعرف أيضا بأنه عملية تهدف إلى تغيير النظام السلطوي إلى نظام قائم على

---

[535] يايموت، خالد "**الانتقال الديمقراطي: مقاربة نظرية لإشكالية المفهوم والنموذج**". مقالة منشورة بالمجلة المغربية للسياسات العمومية، العدد 22 شتاء 2017. ص 41.

[536] قنديل" دور المجتمع المدني في التحول الديمقراطي بعد الثورة"، 2013.

[537] القاضي، عادل. أطروحة دكتوراه بعنون: "**تطور عملية السلام والتحول الديمقراطي في الأردن (1991-2007)**"، الأردن، 2010، ص16.

الديمقراطية، وذلك عن طريق السلطة السياسية أو حركات المعارضة أو قوى خارجية بصرف النظر عن الوسيلة، سواء سلمية أو غير ذلك[538].

وتجدر الإشارة إلى أن مفهوم الانتقال الديمقراطي يتخذ ثلاثة مظاهر على مستوى تعريفه:

- أولا: الانتقال الديمقراطي كمسلسل تغيير اقتصادي وسياسي متفاوض بشأنه بين مجموعة من الفاعلين.
- ثانيا: الانتقال الديمقراطي كلحظة تأسيس قواعد سياسية جديدة.
- ثالثا: الانتقال الديمقراطي كمرحلة وسطى للمرور من نظام سياسي مغلق إلى آخر مفتوح[539].

ويشير مفهوم الانتقال الديمقراطي في أوسع معانيه إلى العمليات والتفاعلات المرتبطة بالانتقال أو التحول من صيغة نظام حكم غير ديمقراطي، إلى صيغة نظام حكم ديمقراطي. ومن المعروف أن هناك عدة أشكال أو أنماط لنظم الحكم غير الديمقراطية، فهي يمكن أن تكون شمولية أو تسلطية مغلقة، مدنية أو عسكرية، حكم فرد أو حكم قلة. كما أن هناك حالات ومستويات متعددة للنظام الديمقراطي الذي يتم الانتقال إليه. إذ قد ينتقل نظام تسلطي مغلق إلى نظام شبه ديمقراطي يأخذ شكل ديمقراطية انتخابية، كما قد يتحول نظام شبه ديمقراطي إلى نظام ديمقراطي ليبرالي أو قريب منه. كما يشير من الناحية النظرية إلى مرحلة وسيطة يتم خلالها تفكيك النظام غير الديمقراطي القديم أو انهياره، وبناء نظام ديمقراطي جديد.

هذا، وتشمل عملية الانتقال مختلف عناصر النظام السياسي مثل البنية الدستورية والقانونية، والمؤسسات والعمليات السياسية، و أنماط مشاركة المواطنين فيها. كما قد تشهد صراعات ومساومات وعمليات تفاوض بين الفاعلين السياسيين الرئيسيين. وقد عرف العالم عدة موجات لعمليات الانتقال الديمقراطي، حيث انطلقت الموجة الثالثة منذ منتصف سبعينيات القرن العشرين من جنوب أوربا (البرتغال، إسبانيا، اليونان)، ثم امتدت خلال عقدي الثمانينيات والتسعينيات لتشمل العديد من بلدان أمريكا اللاتينية وآسيا و إفريقيا وشرق ووسط أوربا.

538 قنديل" دور المجتمع المدني في التحول الديمقراطي بعد الثورة"، مرجع سابق.
539 أتركين، محمد. "**الدستور والدستورانية- من دساتير فصل السلط إلى دساتير صك الحقوق**. مطبعة النجاح الجديدة، 2007. ص148.



ومن خلال واقع تجارب الدول التي شهدت انتقالا ديمقراطيا يمكن تصنيف أساليب الانتقال الديمقراطي إلى أربعة طرق رئيسية وهي: الانتقال من أعلى أي الذي تقوده النخبة الحاكمة في النظام غير الديمقراطي أو الجناح الإصلاحي فيها. والانتقال من أسفل وهو الذي تقوده قوى المعارضة المدعومة بتأييد شعبي واسع على إثر انهيار النظام الحاكم أو إطاحته من خلال انتفاضة أو ثورة شعبية. والانتقال الناجم عن تدخل عسكري خارجي. وأخيرا الانتقال من خلال التفاوض والمساومة بين النخبة الحاكمة والقوى المعارضة لها، فالنخبة الحاكمة تصل إلى قناعة مفادها أنها غير قادرة على الاستمرار في السياسات المغلقة والممارسات القمعية بسبب الضغوط الداخلية والخارجية، وأن كلفة الانفتاح السياسي والانتقال إلى صيغة ما لنظام ديمقراطي ضمن اتفاق مع المعارضة يضمن بعض مصالحها، وفي المقابل تبدو قوى المعارضة غير قادرة على إطاحة النظام وبالتالي تجد أنه لا بديل أمامها غير التفاوض والمساومة مع النخبة الحاكمة من أجل الانتقال إلى الديمقراطية[540]. وكل ذلك يؤكد على مدى التعدد والتنوع في تجارب وخبرات الانتقال الديمقراطي.

ومن خلال ما سبق، يمكن القول أن مضمون عبارة الانتقال الديمقراطي يجد ترجمته في مجموعة من الخصائص والمميزات ذات الطبيعة التجريبية، والتي تدل بالملموس على تغيير فعلي في المؤسسات والقوانين وفي أساليب ممارسة السلطة، وفي علاقات الحاكمين بالمحكومين، وعلى توسيع نطاق المشاركة السياسية، ومضاعفة مساءلة المسؤولين، وعلى إحداث آليات لتحسين إدارة الحكم وضمان الحقوق الأساسية للمواطنين دون تمييز.

الفرع الثاني: أسباب الانتقال الديمقراطي

أكدت الموجة الثالثة للانتقال الديمقراطي على أن هناك مجموعة من الأسباب الداخلية والخارجية التي أدت إلى الانتقال، إذ لا يمكن تفسير الانتقال الديمقراطي بعامل أو بسبب واحد فقط، فعادة ما يكون ذلك نتاجا لعوامل عديدة ومتداخلة بعضها جوهري والآخر ثانوي، بعضها داخلي والآخر خارجي.

أولا: الأسباب الداخلية

[540]. إبراهيم، حسنين. "**الانتقال الديمقراطي...إطار نظري**"، مقال منشور بموقع الجزيرة الإلكتروني، بتاريخ 14 فبراير 2013، من خلال الرابط التالي: http://studies.aljazeera.net/ar/profile/151011085607200.html آخر زيارة للموقع 28 دجنبر 2018.



ويتعلق بعضها بالعوامل البنيوية الموضوعية (الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والتاريخية والدينية) التي تشكل بيئة الانتقال، كما يتصل بعضها الآخر بالفاعلين السياسيين من حيث هوياتهم واختياراتهم وإستراتيجياتهم، في حين يرتبط البعض الآخر بمدى فاعلية قوى المجتمع المدني ومنظماته.

أ. الأسباب المتعلقة بتفاقم الأزمات الداخلية

وهذه الأزمات قد تكون اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية. كما يمكن أن تتأزم الأوضاع الداخلية نتيجة هزيمة عسكرية خارجية. وعندما يعجز النظام عن مواجهة هذه الأزمات بفاعلية وكفاءة فإنه يفقد شرعيته، وبالتالي تتصاعد حدة المعارضة ضده. وفي هذه الحالة، قد تلجأ النخبة الحاكمة إلى تبني نوع من الانفتاح السياسي لاستيعاب المعارضة. وقد تحدث ثورة أو انتفاضة شعبية واسعة تطيح بالنظام التسلطي وتدشن لمرحلة الانتقال الديمقراطي. ولكن إذا كانت الأزمات الداخلية تدفع في اتجاه الانتقال الديمقراطي في بعض الحالات، فإن بعض الانجازات الاقتصادية والاجتماعية التي يحققها النظام غير الديمقراطي في بعض الفترات قد تعزز من فرص وإمكانات الانتقال الديمقراطي في فترات تالية. فالتنمية الاقتصادية، وزيادة متوسط دخل الفرد، وارتفاع معدلات التعليم، كلها عوامل تساهم في خلق بيئة ملائمة للانتقال الديمقراطي.

ب. الأسباب المتعلقة بطبيعة الفاعلين السياسيين

وتتجلى في عدة عناصر نذكر منها: درجة تماسك النخبة الحاكمة، وموقف كل من الجيش وقوات الأمن منها، وحجم التأييد الشعبي لها، وطبيعة قوى المعارضة السياسية ومدى فاعليتها في تحدي النخبة الحاكمة. وفي هذا السياق، يمكن القول أن القيادة السياسية أو الجناح الإصلاحي في النخبة الحاكمة قام في بعض الحالات بدور حاسم في عملية الانتقال الديمقراطي. ويحدث ذلك عندما تصل القيادة السياسية إلى قناعة مفادها أن التحرك على طريق الدمقرطة هو المسلك الآمن لتجنب احتمالات تغيير النظام بالقوة. كما أن وجود معارضة سياسية قوية وقادرة على التنسيق فيما بينها وتحريك الشارع ضد النظام الحاكم يعزز من فرص المساومة والتفاوض مع الحكم بشأن الانتقال الديمقراطي، وربما إطاحته من خلال انتفاضة أو ثورة شعبية، بحيث يصبح الطريق ممهداً للانتقال بعد ذلك.

ج. الأسباب المتعلقة بطبيعة المجتمع المدني

وتتمثل في مدى فاعلية قوى المجتمع المدني ومنظماته في ممارسة الضغوط من أجل الانتقال الديمقراطي. ففي عديد من الحالات قامت قوى ومنظمات المجتمع المدني بما في ذلك الكنيسة الكاثوليكية (في بعض الدول) بدور هام ومؤثر في عملية الانتقال. وكل ذلك يقترن بمدى وجود طلب مجتمعي على الديمقراطية، إذ يقوم المجتمع المدني بدور رئيسي في تعزيزه وتوسيع نطاقه.

ثانيا: الأسباب الخارجية

وفيما يتعلق بالعوامل الخارجية التي أسهمت بدرجات متفاوتة وأشكال مختلفة في دفع عمليات الانتقال الديمقراطي خلال الموجة الثالثة، فإن من أهمها، بروز دور القوى الغربية والتكتلات الكبرى في دعم عمليات الانتقال الديمقراطي، سواء من خلال تقديم المساعدات الاقتصادية للدول التي تمر بمراحل انتقال، أو تقديم الدعم المادي والفني للأحزاب السياسية ومنظمات المجتمع المدني، أو ممارسة الضغوط السياسية وفرض العقوبات على النظم التسلطية. ويمكن الإشارة في هذا الإطار إلى دور كل من الولايات المتحدة الأميركية والاتحاد الأوربي في نشر وتعزيز الديمقراطية في مناطق مختلفة من العالم، وخاصة في جنوب وشرق ووسط أوروبا بالنسبة للاتحاد الأوروبي، وفي أميركا اللاتينية بالنسبة للولايات المتحدة، فضلا عن قيام الاتحاد الإفريقي بدور ما في دعم الانتقال الديمقراطي على مستوى القارة الإفريقية...

وهناك عوامل خارجية أخرى أثرت بدرجات متفاوتة وأشكال مختلفة في عملية الانتقال الديمقراطي، نذكر منها تنامي دور مؤسسات التمويل الدولية وبخاصة صندوق النقد والبنك الدوليين في دعم سياسات التحرير الاقتصادي والسياسي والتحول الديمقراطي في بلدان القارات الثلاث وشرق ووسط أوروبا. كما أن تمدد دور المجتمع المدني العالمي متمثلا في المنظمات الدولية غير الحكومية المعنية بقضايا الديمقراطية وحقوق الإنسان كان له دوره في نشر الديمقراطية على الصعيد العالمي، حيث تقوم منظماته بتقديم أشكال مختلفة من الدعم لمنظمات المجتمع المدني ومراقبة الانتخابات في البلدان التي تمر بمراحل الانتقال الديمقراطي، وفضح ممارسات النظم التسلطية وممارسة الضغوط عليها. إضافة إلى أن انتشار قيم الديمقراطية وحقوق الإنسان على الصعيد العالمي، وبخاصة في ظل موجة العولمة وثورة المعلومات والاتصالات التي تجتاح العالم، قد أسهم في خلق بيئة دولية ملائمة لدعم الانتقال

الديمقراطي في مناطق مختلفة من العالم. كما أن عامل العدوى أو الانتشار شكل عنصرا دافعا لعملية الانتقال الديمقراطي على الصعيد الإقليمي في بعض الحالات، حيث أن نجاح دولة ما في تأسيس نظام ديمقراطي مستقر يمكن أن يلقى بتأثيراته على الدول المجاورة لها على النحو الذي يشجع النخب والقوى السياسية فيها على السير في نفس الاتجاه. كما يمكن أن يحدث الانتقال الديمقراطي من خلال الحرب والاحتلال الأجنبي على غرار ما حدث في كل من ألمانيا واليابان بعد الحرب العالمية الثانية.

لكن هناك نقطتان هامتان تتعين الإشارة إليهما بخصوص دور العوامل الخارجية في دعم الانتقال الديمقراطي:

أولاهما، أن درجة تأثير العوامل الخارجية في عملية الانتقال الديمقراطي تختلف من حالة إلى أخرى حسب اختلاف إستراتيجيات الفاعلين الدوليين، وطبيعة الظروف والعوامل الداخلية في البلدان المستهدفة. وقد أكدت دراسات عديدة على أن العوامل الخارجية لا تؤتى تأثيراتها الإيجابية بهذا الخصوص أو تكون تأثيراتها محدودة في حال عدم وجود قوى وعوامل داخلية محركة للانتقال الديمقراطي، مما يعنى أن الأصل في عملية الانتقال هو العوامل الداخلية أما العوامل الخارجية فإن دورها يكون مسانداً.

وثانيتهما، أن بعض العوامل الخارجية لعبت دوراً هاماً في دعم وترسيخ النظم التسلطية وليس دعم الانتقال الديمقراطي. وتتمثل الحالة النموذجية لذلك في دور الولايات المتحدة الأميركية في دعم ومساندة النظم التسلطية في المنطقة العربية على مدى العقود الماضية طالما استمرت هذه النظم تتوافق مع مصالحها، أي أن سياسات الإدارات الأميركية المتعاقبة تجاه المنطقة العربية قامت في جانب هام منها على التضحية بمبادئ الديمقراطية وحقوق الإنسان من أجل المصالح، ولذلك فإن جهود واشنطن من أجل نشر الديمقراطية في المنطقة في مرحلة ما بعد أحداث الحادي عشر من سبتمبر عانت من معضلة "عدم المصداقية.

المبحث الثاني: حكامة الإنتقال الديمقراطي (المغرب وتونس نموذجاً)

اندلعت الثورات العربية في عام 2011 بحركات احتجاجية بدت معها الإمكانية التاريخية للتحول من النظم التسلطية إلى الديمقراطية الممكنة، وفاجأت سرعة انتقالها من تونس إلى بلدان عربية أخرى وارتفاع وتائرها و اتساع حجم القاعدة الاجتماعية التي انخرطت فيها النخب

والقوى والأحزاب التقليدية، في المعارضة أكانت أم في فضائها أم في السلطة، إذ إن سرعة تطوراتها و أفكارها وشعاراتها الجديدة وزخمها الجماهيري الذي كان الشباب قوامه الاجتماعي الدينامي، تجاوزت توقعات تلك القوى السياسية.

لا يسع أي باحث في الدساتير العربية الجديدة إلا أن يتبين النمو الملحوظ في الاعتراف بالحقوق والمؤسسات، وفي جردة التخصصية على حد سواء، ويفسر هذا النمو من خلال تصاعد حجم المواثيق الدستورية، فالدستور المغربي إرتفعت عدد مواده من 108 في دستور عام 1996، إلى 180 في دستور2011، كما نرى الإرتفاع الملحوظ في الدستور التونسي عام 2014 إلى 149 مادة، بعدما كان 78 مادة فقط في دستور1959[541].

لقد جسدت الدساتير العربية الجديدة (المغرب/تونس) وجود نية لإستبدال حالات حكم سابقة سادت خلالها انتهاكات واضحة للحقوق المدنية والحريات السياسية، بأوضاع أكثر ديمقراطية تهدف إلى تحرير الأفراد والجماعات من القيود التي كانت مفروضة عليها في السابق.

المطلب الأول: حكامة الإنتقال الديمقراطي (المغرب نموذجاً)

"إبان ما سمي بالربيع الديمقراطي العربي عرفت المجتمعات المتجاورة جغرافيا عدة تحولات وحركات، أثر إيجابا على المغرب قصد العمل على الاستجابة لمختلف المطالب والحاجيات المجتمعية تفاوتت مستوياته وتوزعت إلى ما هو اقتصادي وسياسي واجتماعي وثقافي ورياضي، وتعامل المغرب بشكل عقلاني وديمقراطي وعمل على إرساء دعائم دولة الحق والقانون وتسريع وتيرة الانتقال الديمقراطي، توج بالخطاب التاريخي ل 9 مارس الذي ألقاه العاهل المغربي والذي يعتبر خريطة طريق سياسية نتج عنها دستور جديد يشكل تحولا تاريخيا حاسما في مسار استكمال بناء دولة الحق والمؤسسات الديمقراطية وترسيخ مبادئ وآليات الحكامة الجيدة وتوفير المواطنة الكريمة والعدالة الاجتماعية."[542]

إنطلاقاً من الإصلاحات الدستورية الجديدة التي عرفها المغرب، يمكن القول بأن الإنتقال تم من الصيغة التقليدية المتمثلة بإستشارة الحكومة والبرلمان للمؤسسة الملكية، إلى صيغة

---

541 مجموعة مؤلفين. الثورات العربية-عسر التحول الديمقراطي ومآلاته. قطر: المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، ط1، 2018. ص333.

542 خراط، زكريا. **الحكامة على ضوء دستور 2011: دراسة في الأسس**. المغرب: منشورات مجلة العلوم القانونية-سلسلة الدراسات الدستورية والسياسية، ع2، 2014. ص263.

المشاورة فيما بين الحكومة والبرلمان بالمؤسسة الملكية، وهذا يعني بأن النظام السياسي تحول تدريجياً قبل دستور 2011 وما بعده.

إن الحكامة التي أتى بها دستور 2011 تنم عن وعي السلطة السياسية بضرورة الإلتحاق بالركب الحضاري في مجال حقوق الإنسان، إلا أن الرهان الكبير هو مدى تنزيل مبادئ هذه الحكامة على أرض الو اقع لتصبح و اقعاً ملموساً معاشاً، نظراً لأن هناك فرق شاسع بين النظرية والتطبيق، وبين القانون والممارسة، وهنا يمكن للمهتمين والباحثين التوسع أكثر في هذا المجال لمحاولة الإجابة على ذلك السؤال المتعلق بتأخر تنزيل هذه الصلاحيات الجديدة على أرض الو اقع.

يتضمن الدستور المغربي الجديد لسنة 2011، هندسة مؤسساتية منسجمة و متناسقة في تعزيز آليات الحكامة الديمقراطية (الفرع الأول)، قوامها نظام الرقابة و المحاسبة و النزاهة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الحكامة الديمقراطية

تتمثل الفلسفة الجديدة لدستور 2011 في إقامة دولة الحكامة الديمقراطية ، في إطار سيادة القانون واحترامه، واحترام حقوق الإنسان، وينص الدستور الجديد على الديمقراطية و مبادئ الحكامة الجيدة ، و ربط المسؤولية بالمحاسبة، باعتبارهما من مقومات النظام الدستوري، وقد تم توضيح صلاحيات كل السلط الثلاث في هذا الدستور، ويعيد توزيع الصلاحيات مع رئيس الحكومة، حيث تمت دسترة مجلس الحكومة من جانب اخر ايضاً[543].

وينص الدستور الجديد على مبدأ سمو القانون باعتباره أعلى تعبير عن إرادة الأمة كما ينص على مبدأ المساواة أمامه، ويكرس الدستور في شق اخر التعددية الحزبية مع دعوة الاحزاب الى دمقرطة شؤونها الداخلية، والدور الهام الذي يجب ان تقوم به المعارضة البرلمانية، مع تعزيز سلط السلطة التشريعية.

اما فيما يخص الاعلام يكرس الدستور حرية الصحافة مانعا الرقابة المسبقة عليه ، مع ضمان تعدديتها من خلال مراقبة الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري. أما فيما يخص

[543] خراط، زكريا. مرجع سابق. ص266.

مشاركة المواطنين ، نص الدستور على تأسيس هيئات للتشاور العمومي ، تضمن مشاركة جميع الفاعلين في السياسات العمومية، و أيضاً حقهم في تقديم اقتراحات قوانين وعرائض.

نص الدستور في جانب اخر في مقتضى جديد و لافت على جواز الدفع بعدم دستورية القوانين المتعارضة معها أمام المحكمة الدستورية، وذلك لضمان نفاذ جميع المبادئ و الحقوق و الحريات الدستورية.

كما تضمن الدستور الجديد بابا خاصا و جديدا حول الحكامة ، تؤسس لمبادئ و مؤسسات الحكامة الجيدة في أبعادها التشاركية، وخضوع الإدارة العمومية و مرافق الدولة و الجماعات الترابية في تدبيرها لمبادئ الديمقراطية و الديمقراطية التشاركية و منها[544]:

1. الحق في الولوج الى المعلومة.
2. تيسير الولوج الوظائف.
3. توزيع متساوي للمرافق العمومية على تراب المملكة.
4. المساواة و الشفافية في الاستفادة من المرافق العمومية.
5. التصريح بالممتلكات من طرف المسؤولين.

وفي صعيد مأسسة[545] تلك المبادئ نص الدستورعلى أن المؤسسات تلك هي :

1. دسترة المجلس الوطني لحقوق الانسان.
2. دسترة مؤسسة الوسيط.
3. دسترة هيئة المناصفة ومكافحة التميز.
4. دسترة الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري.
5. دسترة مجلس المنافسة.
6. دسترة الهيئات التشاورية : التربية و التكوين و البحث العلمي ، الأسرة و الطفولة ، الشباب و العمل الجمعوي.

[544] انظر الباب الثاني من الدستور المغربي لعام 2011، المتعلق بالحقوق والحريات.
[545] انظر المحور الثامن في نص الخطاب السامي الذي وجهه جلالة الملك محمد السادس، ، الجمعة 17 يونيو 2011.



الفرع الثاني: الرقابة والمحاسبة والنزاهة

إن من أهم مبادئ الرقابة والمحاسبة والنزاهة، الشفافية التي تتمثل في إعلام الرأي العام بحقائق تدبير الشأن العام والمال العام، ومن خلال المراقبة والمحاسبة والتقييم من داخل الإدارة والمرافق العمومية ومن خارجها، وحماية المنافسة الاقتصادية الشريفة، وربط تقلد مناصب المسؤولية بالمراقبة والمحاسبة، والتصريح بالممتلكات وتتبعها، وقدسية المال العام وزجر المنحرفين في استعماله، ومنع استغلال النفوذ والسلطة، والرقابة القضائية العليا المستقلة على ذلك المال العام سواء على الصعيد الوطني أو الجهوي، وكشف نتائجها وتفعيل وظيفتها العقابية، والنزاهة ومحاربة الفساد، وأخيراً تكريس مبدأ التفاعلية من خلال إلزام الإدارات العمومية بالجواب على أسئلة وتظلمات المواطنين.

وتأتي تلك الرقابة والمحاسبة والنزاهة من خلال المؤسسات الدستورية، كالبرلمان الذي يقوم بوظيفة الرقابة، ودسترة اختصاصه التقييمي للسياسات العمومية ومد جسور التفاعل مع المجلس الأعلى للحسابات، الذي يقوم بدوره بتعزيز شفافيته ودوره الرقابي وتفاعله مع البرلمان وباقي أصحاب الشأن والرأي العام، كما أن دور القضاء الذي يكون مستقل بشكل عضوي وتدبيري، بالإضافة إلى هيئة النزاهة من خلال مكافحتها للفساد والوقاية من الرشوة ومحاربتها.

أما عن الآليات التي يجب أن تفعل داخل هذا الإطار، فالأسئلة البرلمانية وجلسات الإستماع ولجان تقصي الحقائق وملتمس الرقابة والمساءلة، ومناقشة القانون المالي السنوي ومشروع قانون التصفية، هي من أهم تلك الآليات التي يمتلكها البرلمان. وتعتبر أيضاً الرقابة القضائية على المال العام من خلال نشر التقارير الخاصة و تتبع التصريح بالممتلكات و مراقبة حسابات الاحزاب السياسية من تلك أهم تلك الآليات. بالإضافة إلى تقارير الهئية الوطنية للنزاهة، وتقييم السياسات العمومية من طرف البرلمان، والتقارير الكاشفة لحالات الاحتكار و المس بالمنافسة.

بحيث وضع الدستور الجديد لضمان فعالية و مصداقية منظومة الرقابة و المحاسبة و النزاهة، نسقا متفاعلا و متكاملا قوامه الوضوح و المسؤولية:

1. ربط رقابة المجلس الاعلى للحسابات برقابة البرلمان و رقابة القضاء.

2. ضمان استقلالية و فعالية و شفافية المجلس الاعلى للحسابات.



3. ضمان مسؤولية جميع مؤسسات الرقابة و الحكامة و الاستشارة أمام البرلمان.

المطلب الثاني: حكامة الإنتقال الديمقراطي (تونس نموذجاً)

نظرا للهزات المتكررة التي تطبع أغلب مسارات الانتقال الديمقراطي في العالم العربي خصوصا فيما بات يعرف بالربيع العربي، ذهب بعض المحللين السياسيين والباحثين الاكادميين إلى اعتبار أن التجربة التونسية الأقرب إلى تحقيق النجاح، لأنها حافظت على قدر معين من السلمية لاسيما في حراكها المعارض الحالي.

وقد توجد في تجربة الانتقال الديمقراطي في تونس مقومات عديدة جعلتها تختلف عن غيرها من التجارب العربية. ولعل من ابرزهذه المقومات اتجاه الدولة التونسية بكافة مؤسساتها إلى إرساء مبادئ حكامة جيدة على مستويات عديدة، من بين أهمها الملف الأمني لاسيما أن البلاد عاشت على و اقع أحداث عنيفة في مناسبات عديدة أبرزها الاغتيالات السياسية بالإضافة إلى الاحتجاجات والمجال التنموي على مستوى المجالس المحلية[546].

الفرع الأول: الحكامة الأمنية ودورها في الانتقال الديمقراطي في تونس

تشكل الحكامة الأمنية إحدى القضايا الجديدة في مجال الإصلاح الديمقراطي وحماية حقوق الإنسان وثقافة المواطنة، والحكامة الأمنية لا تكتمل إلا بتكامل عمل الدولة ومؤسساتها والقطاع الخاص والمجتمع المدني وتكريس ثقافة الحكامة بالمشاركة والمحاسبة في ظل الديمقراطية التي تعمل بالمساءلة السياسية والإدارية للمسؤولين وكذا إصلاح المجال الأمني الذي ينظر إليه في الغالب من مقاربة تقوم على توفير التجهيزات والزيادة في الموارد البشرية واللوجيستيكية، فالحكامة الأمنية هي أسلوب حديث لتأهيل المجتمع والدولة استكمالا لحكامات أخرى تعنى بالجوانب السياسية والاقتصادية والاجتماعية والدينية وهي حكامات تختلف من حيث الآليات لكنها تتوحد من حيث القصد والغاية.

[546] السعيدي، عز الدين. **هل التجربة التونسية استثناء**. مقال منشور في رصيف دوت كوم، من خلال الرابط التالي:
https://raseef22.com/politics/2013/08/29/%D9%87%D9%84-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%AC%D8%B1%D8%A8%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%88%D9%86%D8%B3%D9%8A%D8%A9-%D8%A7%D8%B3%D8%AA%D8%AB%D9%86%D8%A7%D8%A1%D8%9F/ تمت الزيارة في 2023/10/18.



إن استمرار المجتمع والدولة والمؤسسات السياسية والمدنية يتوقف على الأمن بدرجة أساسية، وتنظيم العلاقة بين مكونات الدولة الواحدة واحترام الحدود يتطلب وجود الأمن، ولا يمكن تحقيق الانتقال الديمقراطي خارج مبدأ الحكامة الأمنية.

ومفهوم الحكامة الأمنية يتطلب مبدأ تأمين الحماية للأفراد والممتلكات وخدمة المواطنين وليس الدولة فقط، والحد من الجريمة ومحاربة الممارسات المتناقضة مع مفهوم الأمن سواء داخل المنظومة الأمنية أو داخل المجتمع.

وسيكون إصلاح القطاع الأمني أمرا حيويا لبناء الثقة في الحكومة ومؤسساتها الأمنية لبناء ركن يؤمن عقدا اجتماعيا جديدا بين الشعب التونسي وحكومته وذلك من خلال رسم خريطة للقطاع الأمني (القوات المسلحة. قوات الأمن الداخلي . الوكالات الاستخبراتية . وزارة الدفاع الداخلية والعدل . الجمعية التأسيسية الوطنية).

وكي تنتقل المؤسسة الأمنية من مؤسسة حماية للنظام كما كان في السابق، إلى مؤسسة تخدم المواطن، كان عليها أن تحل أزمة المشروعية التي تواجهها وتتجاوزها بحكمة ومسؤولية بالاشتراك مع المنظومة الأمنية ككل حتى القضاء[547].

1. الفرع الثاني: الحكامة المحلية والانتقال الديمقراطي في تونس

قد شهدت مرحلة الإصلاحات الديمقراطية والسياسية الجارية في تونس منذ ثورة يناير 2011 زخما جديدا في أعقاب إقرار دستور جديد في بداية عام 2014 و انتخاب حكومة جديدة. وفي حين أن الدولة المركزية كانت تمارس سيطرتها على كافة القرارات التي كانت تتخذها السلطات المحلية، التي لم تكن تلعب إلا دور صغير نسبيا في التنمية المحلية، فإنه بموجب الدستور الجديد تكون عملية التحول إلى اللامركزية هي الأساس الذي يرتكز عليه تنظيم السلطة المحلية وتوزيعها. واللامركزية أيضا خطوة ضرورية لتعزيز قدرة السلطات المحلية على الاستجابة والمساءلة.

---

547 بلعجال، كوثر.رسالة ماستر بعنوان: **الحكامة الأمنية في دول الربيع العربي -تونس نموذجا**. العلوم السياسية تخصص: دارسات أمنية إستراتيجية، جامعة قاصدي مرباح كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم العلوم السياسية 2015-2016. ص8-15.

ومن أجل تدعيم الإدارة المحلية وتحسين وظائف الحكامة المحلية وقدراتها وتمويلها، وضعت الحكومة برنامجا للتنمية الحضرية والحكامة المحلية .ويتيح هذا البرنامج تقديم الإصلاحات على مراحل، إذ يبني على الأنظمة القائمة وفي الوقت نفسه يعدّل الهيكل المالي والإطار التنظيمي على النحو الذي أقرّه الدستور الجديد .ويهدف البرنامج إلى تحسين شفافية وكفاءة نظام تخصيص الدعم المالي الموجه للاستثمار، وتعزيز مساءلة السلطات المحلية، وتطبيق مشاركة المواطنين .علاوة على ذلك، يعزّز البرنامج أداء السلطات المحلية، من خلال توفير الموارد اللازمة لها لتمويل تحديث المناطق المهمشة، وخاصة في المناطق المحرومة.

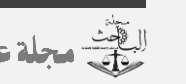
إن تعميم هياكل الحكامة القائمة على المشاركة في عملية صنع القرار وفي تنفيذ البرنامج من شأنه المساعدة في الحد من مستوى عدم رضا المواطنين على نحوٍ كبير، وإشراكهم مباشرةً في البرامج العامة.[548]

وبالفعل، يكشف استطلاع للرأي أجري في 2014 في إحدى البلديات التابعة لمنطقة تونس الكبرى أن السكان ليسوا على دراية بالشؤون البلدية. ومع ذلك، يُظهر الاستطلاع أن غالبية المواطنين راغبون في أن يصبحوا مشاركين في مسار حياة بلدياتهم.

وفي حين أن البلديات تحدوها الرغبة في تطبيق أحكام الدستور الجديد وتتمنى أن يكون لها أوجه تبادل أكثر فاعلية مع سكانها، فإنها تفتقر إلى الخبرات اللازمة للقيام بذلك .وقد أعاد برنامج التنمية الحضرية والحكامة المحلية تشكيل الطريقة التي تعمل بها المجتمعات المحلية .فهو يقدم النصح والتدريب ويشجع اعتماد نهج تشاركي يتيح للسلطات المحلية مشاركة المعلومات بشأن المشاريع الاستثمارية مع السكان والحصول على تصديقهم بشأن تلك المشاريع في اجتماعات عامة .هذا هو الإطار الذي أعدت من خلاله كافة المجتمعات المحلية برامجها الاستثمارية لعام 2016، مع اشتراط منح الدعم المالي للاستثمارات على اعتماد النهج التشاركي.

ويعد إصلاح الدعم المالي الموجه للاستثمار هو الخطوة الاستراتيجية الرئيسية التي تتخذها الحكومة بمقتضى هذا البرنامج .وهو يهدف إلى تحسين فاعلية مساندة الدولة للاستثمارات المحلية، وتعزيز شفافية عملية الترخيص، وتطبيق نظام للدعم المالي الذي يستند إلى الأداء يكون قائما على أساس مرحلي .ويعتمد هذا النظام على صيغة تتعلق بالتوزيع، يكون

[548] تقرير البنك الدولي. **تطبيق هياكل الحكامة القائمة على المشاركة في تونس**. 2016/09/15، يمكن الإطلاع على التقرير من خلال الموقع التالي: http://www.albankaldawli.org/ar/news/feature/2016/09/09/the-implementation-of-participatory-governance-structures-in-tunisia تمت الزيارة في 2023/10/19.



لها هدف ومعيار قابل للقياس (عدد السكان والقدرة المالية) وأحكام تخص التمييز الإيجابي (مؤشر التنمية الإقليمية .(ويكون الحصول على الدعم المالي الموجه للاستثمارات متاحا فقط للسلطات المحلية التي تفي بالحد الأدنى من المتطلبات الإجبارية .ويمكن عندئذ صرف تمويل إضافي للسلطات المحلية التي تحقق مستوى معينا من الأداء، على نحو تحدده تقييمات سنوية مستقلة، باستخدام معايير محددة سلفاً.

إن البرنامج في العام الأول لتطبيقه، لذا فإنه من المبكر جدا الحديث عن استنتاجات أو نتائج، خاصة فيما يتعلق بنوعية الخدمات المقدمة أو التحسن في الأداء. وسيكون علينا الانتظار لمدة عامين قبل أن نستطيع مناقشة تقييم البرنامج أو النتائج.

ورغم ذلك، هناك بعض الإجراءات الملموسة التي تم اتخاذها، وهي تحديداً:

- تدعيم قدرات السلطات المحلية من خلال تدريب العاملين والاستشاريين الفنيين والماليين وهو ما لعب دورا في إعداد المخططات السنوية للاستثمار البلدي، وبرامج مساندة التكامل والقدرة التنافسية.
- تدعيم قدرات المجتمع المدني الذي يرتبط بشراكة مع السلطات المحلية، عن طريق برامج التدريب لمساعدتها في تقديم مساندة أكثر فاعلية في تطوير وتقييم المخططات السنوية للاستثمار البلدي وبرامج مساندة التكامل والقدرة التنافسية.
- وضع نظام للمساعدة الفنية للسلطات المحلية، بمساندة من صندوق القروض ومساعدة الجماعات المحلية ، من بين جهات أخرى.
- إعداد أدلة وكتيبات للعمليات.

وقد استوفى 92 في المائة من السلطات المحلية بنجاح الحد الأدنى من المتطلبات الإلزامية للحصول على الدعم المالي الموجه للاستثمارات، في حين أن البرنامج كان يستهدف معدل نجاح يبلغ 60 في المائة للسنة الأولى من تطبيقه.

وأخيراً، لقد ساعد برنامج التنمية الحضرية والحكامة المحلية على وضع المبدأ الدستوري الجديد للإدارة الحرة للسلطات المحلية، من خلال السماح لها بوضع برامج خاصة بها لمساندة

التكامل والقدرة التنافسية، وتحديد مستوى التمويل، وتكليف الغير بتنفيذ مشروعاتها، أو تنفيذها باستخدام وسائلها الخاصة[549].

لفترة وجيزة في أوائل عام 2011، انهار جميع ما ساد بشأن العرب من صور نمطية سلبية ، من قبيل: المجتمع المدني العربي يفتقد العزيمة لتحدي الطغاة المتمرسين، ففي تونس، أقصت شجاعة الناشطين وعزيمتهم واحداً من أعتى طغاة العالم في ثلاثة أسابيع فقط. أسقطت الثورات العربية التي بدأت منذ أواخر عام 2010 أربعة رؤساء, وحولت- في ما يبدو – الرأي العام الجماهيري المعبأ إلى عامل منتام في سياسى بلدان المنطقة.

ومع ذلك تبقى عملية إسقاط الرئيس أمرا مختلفا عن إقامة مؤسسات ديمقراطية مستقرة وشاملة. وعلى الرغم من الحقيقة القائلة إن الديمقراطية كانت المطلب المشترك الأساسي للمحتجين الذين تصدروا الثورات، فإنه لم تظهر بعد مضي أربعة أعوام على ذلك إلا أدلة قليلة على الدمقراطية(التحول الديمقراطي). ويمكن القول إن تونس والمغرب نجحت في الإمتحان،في حين كانت النتائج في بلدان أخرى إما دولة فاشلة وإما عودة معينة إلى الحكم الاستبدادي. فما هو تفسير هذه المسارات المتنوعة أو المتغيرة؟

المراجع

1. س. م. لحام، ومجموعة مؤلفين آخرين. القاموس السياسي ومصطلحات المؤتمرات الدولية. بيروت: دار الكتب العالمية، ط1، 2004م.

2. روبرت، دال. الديموقراطية ونقادها. بيروت: دار الفارس للنشر والتوزيع، ط2، 2005م.

3. وكيلي، محمد عزيز. الحكامة الجيدة السياقات الكبرة...والأبعاد. قسم الموارد البشرية والشراكة والاتصال بالأكاديمية الجهوية للتربية والتكون-جهة الدرا البيضاء، بدون سنة نشر.

4. أتركين،محمد. "الدستور والدستورانية- من دساتير فصل السلط إلى دساتير صك الحقوق. مطبعة النجاح الجديدة، 2007.

[549] كرو، محمد. **خطوة تونس الكبيرة نحو الديمقراطية**. مقال منشور على موقع كارنيغي للشرق الأوسط، يمكن الاطلاع على المقال من خلال الموقع التالي: http://carnegie-mec.org/2014/04/22/ar-pub-55404 تمت الزيارة في 2023/10/20



5. مجموعة مؤلفين. الثورات العربية-عسر التحول الديمقراطي ومآلاته. قطر: المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، ط1، 2018.

6. هانتنجتون، صامويل. الموجة الثالثة التحول الديمقراطي في أواخر القرن العشرين. القاهرة: دارسعاد الصباح، ط1، 1993م.

القوانين والتقارير:

1. الإعلان العالمي لحقوق الانسان والمواطن الصادرعن الجمعية الوطنية في 26 آب/أغسطس 1789. يعتبر الإعلان من وثائق الثورة الفرنسية الأساسية وتُعرَّف فيها الحقوق الفردية والجماعية للأمة.

2. الدستورالمغربي لعام 2011.

3. نص الخطاب السامي الذي وجهه جلالة الملك محمد السادس، ، الجمعة 17 يونيو 2011.

1. عامر، باسل. رسالة ماجستير بعنوان: أزمة المشاركة السياسية وتأثيرها على عملية التحول الديمقراطي في فلسطين (1993-2013). جامعة النجاح الوطنية: كلية الدراسات العليا، 2014م.

2. بلعور، مصطفى. أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه بعنوان: التحول الديمقراطي في النظم السياسية العربية- دراسة حالة النظام السياسي الجزائري (1998-2008). الجزائر: جامعة بن يوسف بن خدة، 2009-2010.

3. القاضي،عادل. أطروحة دكتوراه بعنون: "تطور عملية السلام والتحول الديمقراطي في الأردن (1991-2007)"، الأردن، 2010.

4. بلعجال، كوثر - رسالة ماستربعنوان: الحكامة الأمنية في دول الربيع العربي - تونس نموذجا. العلوم السياسية تخصص: دارسات أمنية إستراتيجية، جامعة قاصدي مرباح كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم العلوم السياسية 2016.2015.

1. غلمان، فاطمة. الحكامة العالمية: الشق الإصطلاحي والبعد العلمي. المغرب: المجلة المغربية للتدقيق والتنمية، ع41، 2015.

2. براو، محمد. الإطار الدستور الجديد والحكامة الديموقراطية الرشيدة. المغرب: منشورات مجلة العلوم القانونية-سلسلة الدراسات الدستورية والسياسية، ع2، 2014.

3. يايموت، خالد "الانتقال الديمقراطي: مقاربة نظرية لإشكالية المفهوم والنموذج". مقالة منشورة بالمجلة المغربية للسياسات العمومية، العدد 22 شتاء 2017.

4. خراط، زكريا. الحكامة على ضوء دستور 2011: دراسة في الأسس. المغرب: منشورات مجلة العلوم القانونية-سلسلة الدراسات الدستورية والسياسية، ع2، 2014.

1. إبراهيم، حسنين. "الانتقال الديمقراطي...إطار نظري"، مقال منشور بموقع الجزيرة الإلكتروني، بتاريخ 14 فبراير 2013، من خلال الرابط التالي: http://studies.aljazeera.net/ar/profile/151011085607200.html

2. السعيدي، عز الدين. هل التجربة التونسية استثناء. مقال منشور في رصيف دوت كوم، من خلال الرابط التالي: https://raseef22.com/politic

3. تقرير البنك الدولي. تطبيق هياكل الحكامة القائمة على المشاركة في تونس. 2016/09/15، يمكن الإطلاع على التقرير من خلال الموقع التالي: http://www.albankaldawli.org/ar/news/feature/2016/09/09/the-implementation-of-participatory-governance-structures-in-tunisia

4. كرو، محمد. خطوة تونس الكبيرة نحو الديمقراطية. مقال منشور على موقع كارنيغي للشرق الأوسط، يمكن الإطلاع على المقال من خلال الموقع التالي: http://carnegie-mec.org/2014/04/22/ar-pub-55404

الأستاذ غيث هامل القبيسي

باحث بسلك الدكتوراه بجامعة محمد الخامس بالرباط

العولمة الاقتصادية وأثرها على الاقتصادي الوطني لدولة الإمارات العربية المتحدة

Economic globalization and its impact on the national economy of the United Arab Emirates

تقديم:

أصبح العالم بعد الحربين العالمية الأولى والثانية أكثر حاجة للتعاون والتضامن والاتحاد، وهو ما دفع بالدول إلى محاولة نسيان مخلفات الحروب وما تسببت فيه من مآسي على مستوى العالمي، ويعتبر تأسيس عصبة الأمم التي تحولت للأمم المتحدة بعد ذلك أول تجلى لهذا التضامن العالمي والطريق الأمثل لحل مشاكل العالم وتطويره بشكل مشترك وجماعي ، وذلك على جميع المستويات والأصعدة خاصة الأمنية والمناخية والاقتصادية منها، ولعل هذا ما عزى بالدول إلى تكثيف التعاون فيما بينها عن طريق توقيع العديد من الاتفاقيات والشراكات سواء الثنائية أو الإقليمية أو الدولية منها، لأن الدولة أصبحت مدركة أن تحقيق الرفاه العام لشعوبها وتنمية اقتصادها لن يتأتى إلى بالتعاون مع باقي الدول مع الاحترام التام للهوية والثقافة المحلية والتنوع، بل وتعدتها لخلق تكتلات اقتصادية كبرى، وهو ما عجل بفتح الحدود بين الدول وتسهيل عبور الخبرات والمعدات والسلع والخدمات، وكل هذا في نظرنا هو ما أصبح يطلق عليه مع أواخر القرن العشرين وبداية القرن الحالي بظاهرة العولمة.

ولعل هذا التصور الإيجابي للعولمة خاصة الاقتصادية منها هو ما هو ما تحاول دولة الإمارات العربية المتحدة تحقيقه، من خلال دورها في القضايا الاقليمية والعالمية باعتبارها شريك عالمي موثوق وفعال، ولعل هذا ما يتضح من خلال أول خطاب قدمه صاحب السمو الشيخ محمد بن زايد في أول خطاب له مند توليه رئاسة دولة الإمارات العربية المتحدة، حيث قال " إن اقتصاد دولة الإمارات يعد اليوم ضمن أكثر الاقتصادات قوة ونموا، مضيفا، تملك اليوم دولة



الإمارات منظومة تنموية متطورة ومتكاملة ومستدامة، أصبحت مصدر إلهام وأمل لشعوب المنطقة والعالم" .

ترتيبا عليه، فإن محاولة مقاربة مسألة العولمة الاقتصادية وأثرها على الاقتصاد الإماراتي بالدراسة والتحليل يتطلب منا الإجابة عن إشكالية محورية ومركزية تتجلى في إلى حد تأثروتتأثرالعولة الاقتصادية بالاقتصاد الإماراتي؟ للإجابة على هاته الإشكالية سنحاول التطرق إلى العولمة، النشأة والتطور (أولا) ثم العوامل المرافقة للعولمة (ثانيا) لنعرج بعدها على مسألة تأثيرات العولمة (ثالثا) ليكون مدخلا لدراسة تأثيرالعولمة على دولة الإمارات (رابعا)، لنقارب في الأخيرقضية الانتقال من مرحلة التأثر إلى مرحلة التأثير (خامسا) وفق الآتي بعده.

أولا: العولمة، النشأة والتطور

مع ظهوروتبلورالنظام العالمي الجديد المدفوع بالتطورات المختلفة في النظم الاقتصادية والاجتماعية، والتقنيات المتقدمة، ووسائل النقل، والاتصال. حوّلت هذه التغيرات العالم إلى قرية عالمية متصلة، مكنت الأفراد والمجتمعات من التواصل وتنسيق عمليات التنمية من خلال تبادل الخبرات والموارد والبيانات. وهذا ما يعزى إلى مفهوم العولمة كأحد المفاهيم التي برزت في النصف الثاني من القرن الماضي، وأصبح أكثرظهوراً مع بدايات القرن الحالي إلى يومنا هذا مع ملاحظة التطورالذي طرأ على المفهوم ودخول عوامل جديدة جعلته أكثرحضوراً في المشهد العالمي الراهن.

فالعولمة، والمعروفة أيضًا باسم الأممية، هي عملية يتم من خلالها دمج مختلف المجالات الاقتصادية والاجتماعية على نطاق عالمي. وينطوي ذلك على نقل الخدمات والسلع ورؤوس الأموال والأشخاص والخبرات عبرالحدود. وباتت الحكومات والمنظمات والشركات والمؤسسات تندرج ضمن المفهوم عبرسعيها لتوسيع نطاق وصولها ونفوذها خارج الحدود المحلية في حال كانت تمتلك مقومات التحول اللازمة لتكون عالمية وعابرة للنطاق المحلي، أو من خلال الدول التي استقبلت أمواج العولمة على أرضها من خلال الاستثمارات الأجنبية فيها والأفراد الوافدة إليها. ومن أشكال العولمة النمطية هوما يمكن ملاحظته من خلال المؤسسات الكبيرة التي تنتج وتصدر السلع أو الخدمات إلى بلدان أخرى. ونتيجة لذلك، كان لها تأثيركبير على الجوانب الاقتصادية والاجتماعية لهذه البلدان، وتشكيل تطورها ونموها.

أما مفهوم العولمة الاقتصادية، فهو يشير إلى أحد الأبعاد الرئيسية الثلاثة للعولمة والموجودة بشكل شائع في العالم المعاصر، حيث تشير العولمة الاقتصادية إلى مجموعة التحركات العالمية واسعة النطاق للسلع ورأس المال والخدمات والتكنولوجيا والمعلومات من بلد إلى آخر. كما يلاحظ أن العولمة الاقتصادية ليست جديدة بالمعنى الاصطلاحي، فيمكن ملاحظتها منذ بداية الحضارة الإنسانية عبر تبادل الناس البضائع مع جيرانهم بما يعرف بالمقايضة، ومع تقدم الثقافات كانوا قادرين على السفر إلى أماكن أبعد لتداول سلعهم الخاصة مقابل المنتجات المرغوبة الموجودة في مكان آخر. ومع تطور الحياة البشرية عرف ما يسمى بطريق الحرير والذي يشير إلى أقدم شبكة من طرق التجارة المستخدمة بين أوروبا وشمال إفريقيا وشرق إفريقيا وآسيا الوسطى وجنوب آسيا والشرق الأقصى، وذلك مثالاً مبكراً على العولمة منذ أكثر من 1500 عام. كما يمكن ملاحظة العولمة قديماً من خلال سعي الامبراطوريات العظمى قديماً، كالإمبراطورية الرومانية والإمبراطورية الفارسية، لمد النفوذ في المناطق المحاذية لهما لتحقيق أمنها الاقتصادي والعسكري.

ثانيا: العوامل المر افقة للعولمة

لقد كانت العولمة ظاهرة كبيرة حدثت من خلال عاملين رئيسيين - الجانب الاقتصادي والاجتماعي. وينطوي الجانب الاقتصادي على تدفق الاستثمارات وتجارة السلع والخدمات والتكنولوجيا والتصنيع وغيرها من الجو انب ذات الصلة التي توفرها الأطر العالمية للمؤسسات المحلية. ومن ناحية أخرى، ينطوي الجانب الاجتماعي على تأثير الثقافات الأجنبية على المجتمعات المحلية. ويظهر ذلك من خلال حركة الأشخاص للعمل أو الإقامة أو الدراسة، حيث يجلبون معهم خلفياتهم الثقافية التي قد تساهم في تغيير المجتمع المحلي أو التأثير فيه. بشكل عام، أدت العولمة إلى تكامل الاقتصادات والمجتمعات في جميع أنحاء العالم، مما أدى إلى خلق فرص وتحديات للأفراد، والمجتمعات، والمنظمات، والأمم.

ومع التقدم السريع في الاتصالات والنقل في السنوات الأخيرة، تزايدت العولمة بشكل ملحوظ. ويمكن للشركات الآن تحديد فرص الاستثمار عبر الحدود، وذلك بفضل الابتكارات في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات الفورية. أصبح نقل الأصول المالية عبر الحدود أسرع وأسهل من أي وقت مضى، وذلك بفضل هذه التطورات المتلاحقة والتي لم تقف يوماً. حتى في

ظل تفشي وباء كورونا، كان لتلك التطورات أثرها في تعزيز ظهور العولمة كضرورة ملحة أمام دول العالم أجمع لمواجهة الوباء.

ولقد كان لصعود العولمة الاقتصادية اتجاها واسع النطاق في النظام العالمي الحالي ويعزى ذلك إلى مجموعة متنوعة من الأسباب، منها ظهور الاقتصاد المعرفي الذي سعت الدول الناشئة إلى الوصول إليه عبر جلب الاستثمارات الأجنبية والخبرات العالمية للعمل على أرضها والاستفادة منها. ولقد أبرزت العديد من الدراسات النظرية تلك المسببات التي جعلت العولمة أكثر تجسداً في العديد من المناطق من حول العالم، فوفقا لبايليس وآخرون (2023)، وجدت الدراسة أن العولمة هي أمر و اقع في العصر الراهن، فمن دون العولمة لن تستطيع الدول الناشئة من تدعيم اقتصاداتها والوصول إلى مستويات التنمية المطلوبة منها، كما أن الدول المصدرة للعولمة لا بد أن تحافظ على مكتسباتها عبر الخروج إلى الأسواق الناشئة والاستثمار فيها ، فالبحث عن أسواق خارجية للاستثمار فيها هو خطوة مهمة نحو تحقيق التكامل الاقتصادي، مدفوعًا بتطور أنظمة الاتصالات والنقل على مستوى العالم. وعلاوة على ذلك، لعب التقدم التكنولوجي دورا حاسما في النمو الاقتصادي. ووفقا لدراسة فيربيكي (2021)، فإن العوامل الاجتماعية التي ساهمت في ظهور العولمة تشمل زيادة حركة الأفراد في جميع أنحاء العالم. ويجلب هؤلاء الأفراد معهم خلفياتهم الثقافية، والتي عندما تتكامل مع الخلفيات الثقافية للمجتمعات الأخرى، تؤدي إلى ثقافة موحدة أقرب إلى العالمية.

ثالثا: تأثيرات العولمة

لقد كانت العولمة موضوع بحث مكثف، مع التركيز بشكل خاص على تأثيرها على المكونين الأساسيين للعولمة. المكون الأول هو الدولة المصدرة، ويقصد بها المؤسسة أو المنظمة التي توسع عملياتها في الخارج من خلال الاستثمار أو التوسع. ووفقاً لدراسة أجراها شامبوردون في عام 2017، فإن لهذا المكون تأثيراً إيجابياً كبيراً حيث تحصل المنظمات على عوائد أعلى على استثماراتها، مما يساهم في نمو اقتصادات بلدانها الأصلية. على سبيل المثال، تستثمر الولايات المتحدة الأمريكية في أماكن مختلفة على مستوى العالم لتحقيق مصالح اقتصادها الوطني. أما العنصر الثاني فهو التأثير على الدول المضيفة، وتختلف الآراء حول هذا الموضوع. ويعتقد البعض أن مثل هذه الاستثمارات تعود بالنفع على الاقتصادات الوطنية للدول المضيفة، مما

يساعد على دفع عجلة التنمية فيها. ويحمل آخرون وجهة نظر أكثر تشاؤماً، معتبرين أن هذه الاستثمارات قد تؤثر سلباً على الاقتصاد المحلي والوطني.

وقد وجد الخزرجي (2019) أن الدول المصدرة لثقافتها لها مصالح سياسية أو تسعى إلى بسط نفوذها على مناطق أخرى من خلال المكون الثقافي. إلا أن الدول المضيفة للعولمة قد تواجه مخاطر هذه الموجات من خلال تأثير المكون الاجتماعي على الثقافة المصدرة. على سبيل المثال، فإن محاولة فرنسا توسيع نفوذها في القارة الأفريقية من خلال التأثير الثقافي في بعض البلدان يمكن رؤيتها من خلال الاستخدام الواسع النطاق للغة الفرنسية في تلك البلدان.

وقد تم تسهيل العولمة من خلال السياسات المالية داخل البلدان و اتفاقيات التجارة الدولية فيما بينها. وعلاوة على ذلك، يلعب الاستقرار السياسي والاقتصادي أيضاً دوراً حاسماً في تمكين العولمة. ووفقا للخبراء، فإن عدم الاستقرار النسبي الذي تعيشه العديد من الدول الأفريقية أعاق قدرتها على الاستفادة من العولمة، على عكس دول آسيا وأمريكا اللاتينية التي تمتعت بفوائد كبيرة. نظرية التبعية هي نظرية تشرح لماذا تكافح بعض البلدان الأقل نموا من أجل التنمية. ووفقا لهذه النظرية، تستخدم الدول الغنية هذه الدول الأقل نموا كنظير للمستعمرات، مما يخلق نظاما استعماريا حديثا. ونتيجة لذلك، تستخدم هذه الدول الغنية الدول الأقل نمواً كمصادر للمواد الخام والعمالة الرخيصة، لكنها لا تسمح لها أبداً بالتقدم إلى النقطة التي يمكنها من خلالها إنشاء صناعات محلية كبرى خاصة بها. أما الدول الناشئة، فهي تسعى من جانبها إلى الاستفادة من تلك الاستثمارات على أراضيها للحصول على نسب متفاوتة من الفوائد الاقتصادية التي تصب في الناتج المحلي الإجمالي.

رابعا: تأثير العولمة على دولة الإمارات

لطالما كانت العولمة أمر حتمي مفروض في عالم اليوم، فقد أتيحت لدولة الإمارات الفرصة لركوب موجة التغيرات العالمية، وكان قد أكد مؤشر الترابط العالمي في نسخته العاشرة للعام 2021، الصادر عن دي إتش إل بالتعاون مع كلية ستيرن للأعمال بجامعة نيويورك، العلاقة القوية بين الترابط العالمي والازدهار. إذ تأتي دولة الإمارات العربية المتحدة من بين البلدان الخمسة التي يقيمها التقرير؛ بما في ذلك المكسيك وهولندا وسيراليون وفيتنام؛ وكانت الإمارات في مصاف الدول العالمية الأولى بسبب ارتباطها القوي أو المتزايد على مدى العقدين الماضيين. هذا وتُظهر المسارات المختلفة التي اتخذتها هذه البلدان لتحقيق قدر أكبر

من الترابط أنه لا يوجد نهج واحد يناسب الجميع - وبدلاً من ذلك، يمكن لكل دولة اغتنام الفرص الدولية المناسبة لها. لكن هناك جدل حول ما إذا كانت قد استفادت من العولمة بالشكل الأمثل، حيث يرى البعض أن العولمة أثرت سلباً على دولة الإمارات باعتبارها دولة ناشئة تسعى دائماً إلى التميز. بينما النظر إلى الحقائق عبر الأرقام والتقارير يعطي الموضوع أكثر دقة في العرض.

وبناءً على العرض النظري الذي تمت مناقشته سابقًا، يمكن تطبيق نتائج الورقة على محتوى دولة الإمارات العربية المتحدة بطريقتين رئيسيتين. أولاً، لا بد من تسليط الضوء على الآثار الإيجابية للعولمة وكيف يمكن الاستفادة منها لتحسين عملية التطوير والتميز في دولة الإمارات العربية المتحدة. على سبيل المثال، كشفت منظمة التجارة العالمية التابعة للأمم المتحدة (الأونكتاد) في تقريرها للاستثمار العالمي 2023، أن تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر لدولة الإمارات العربية المتحدة ارتفعت بنسبة 10% في عام 2022 مقارنة بالعام السابق، لتصل إلى مستوى قياسي بلغ 23 مليار دولار. ويأتي ذلك انعكاساً لجهود دولة الإمارات العربية المتحدة الرامية إلى تنويع مصادر دخلها القومي، وهو ما يشكل جزءاً من استراتيجيتها الشاملة وخططها التنموية. ثانياً، تتجلى استراتيجية الاستثمار التي تنتهجها دولة الإمارات في سعيها للاستثمار خارج الدولة بما يحقق المصالح الاقتصادية للاقتصاد الوطني. ومن الأمثلة على ذلك جهاز أبوظبي للاستثمار، وجهاز الإمارات للاستثمار، وشركة مبادلة، وموانئ دبي العالمية، وشركة إعمار، ومجموعة الفطيم وغيرها من الهياكل التجارية والاستثمارية المحلية والتي هي بالأساس استثمارات وطنية نجحت في توسيع نطاق أعمالها عبر تصدير استثماراتها إلى الخارج.

ووفقاً لتقرير صادر عن المركز الاتحادي للتنافسية والإحصاء في دولة الإمارات العربية المتحدة، فإن الدولة موطن لأكثر من 200 جنسية، مما يجعلها مجتمعاً متنوعاً به اختلافات كبيرة بين أفراده. وعلى الرغم من هذه الاختلافات، فقد تم الاعتراف بدولة الإمارات العربية المتحدة كدولة رائدة عالميًا في مؤشرات الأمن والاستقرار المجتمعي، حيث حصلت على المركز الأول في مؤشر أمن المعلومات في الكتاب السنوي للتنافسية العالمية 2021. وقد جلب المجتمع المتنوع العديد من الفوائد لدولة الإمارات العربية المتحدة، بما في ذلك الوطنية المصالح التي ساعدت الدولة على تحقيق استراتيجيتها للتحول نحو العولمة بالتميز في كافة الجوانب التي تنتهجها حكومة الإمارات العربية المتحدة.

وفي العرض النظري، تسلط النقطة الثانية الضوء على التأثير السلبي للعولمة على دولة الإمارات العربية المتحدة والذي يتضمن تغافل فرص القوى العاملة المحلية من قبل كيانات الاستثمار الأجنبي. وقد أدى هذا إلى مخاوف بشأن التأثير الاقتصادي للعولمة على البلاد. وللتخفيف من هذه المشكلة، نفذت الحكومة لوائح رسمية تتطلب من هذه المؤسسات توظيف عدد محدد من المواطنين المحليين. بالإضافة إلى ذلك، هناك قلق متزايد من أن العولمة يمكن أن يكون لها تأثير سلبي على ثقافة المنطقة. ولمعالجة هذه المشكلة، اتخذت دولة الإمارات العربية المتحدة نهجا استباقيا من خلال تعزيز الثقافة العربية والإسلامية في جميع جوانب المجتمع. وقد قامت الحكومة بتنفيذ أنشطة وممارسات مجتمعية مختلفة تهدف إلى تحقيق هذا الهدف.

إن العولمة التي أثرت على دولة الإمارات كان لها الدور في تمكين الشركات على أن تكتسب ميزة تنافسية من خلال الاستفادة من العولمة لشراء المواد الخام بتكلفة أقل. ويتيح هذا النهج أيضًا الفرصة للاستفادة من المعرفة الفنية والخبرة لدى الاقتصادات الأكثر تقدمًا، مع الاستفادة من تنوع ووفرة العمالة اللازمة في الإسهام في عمليات التنمية المختلفة.

إن للعولمة الاقتصادية في دولة الإمارات تأثير كبير على المستهلكين أيضًا. واحدة من الفوائد الرئيسية هي خفض التكاليف في الصناعة التحويلية. حيث تتيح هذه الميزة للشركات توفير السلع بسعر أقل للمستهلكين. كما تعد القدرة على تحمل تكاليف السلع عاملاً حاسماً في الحفاظ على مستوى معيشي مرتفع. بالإضافة إلى ذلك، فتحت العولمة في دولة الإمارات أسواقًا جديدة، مما يوفر للمستهلكين مجموعة واسعة من السلع والخدمات للاختيار من بينها. وتساهم هذه الفوائد في نهاية المطاف في تحسين نوعية حياة المستهلكين.

في عالم اليوم المترابط، لم تعد الشركات مقيدة بالحدود الجغرافية، وهي تستخدم العولمة لتوسيع نطاق وصولها وتقديم مجموعة واسعة من المنتجات والخدمات. ومع ذلك، فإن المنافسة المتزايدة جعلت من الضروري على الشركات ليس فقط الحفاظ على جودة عروضها، ولكن أيضًا السعي لتحسينها مع الحفاظ على انخفاض التكاليف. وهذا لا يساعدهم على التميز في السوق فحسب، بل يفيد أيضًا المستهلكين الذين يمكنهم الاستمتاع بأسعار معقولة دون المساس بجودة المنتجات أو الخدمات التي يتلقونها.

خامسا: الانتقال من مرحلة التأثر إلى مرحلة التأثير

إن العولمة ظاهرة لها تأثيرات إيجابية وسلبية، والكيفية التي تتعامل بها دولة الإمارات معها تلعب دوراً حاسماً في تحديد النتيجة. إن دولة الإمارات العربية المتحدة ليست استثناءً من تأثير العولمة، ولكن النظر إليها من خلال عدسة إيجابية يوفر فهماً أكثر دقة للوضع. فقد تمكنت دولة الإمارات العربية المتحدة من جني فوائد اقتصادية من خلال الاستفادة من فرص الاستثمار الأجنبي داخل حدودها والاستفادة منها في السوق العالمية من خلال كيانات اقتصادية قوية. علاوة على ذلك، كان للجوانب الاجتماعية للعولمة تأثير إيجابي كبير على دولة الإمارات، حيث تمكنت من الاستفادة من الخلفيات الثقافية المتنوعة لأولئك الذين قدموا إلى أرضها، وبناء نظام ثقافي ذي خصائص عالمية.

ومن أجل الاستفادة بشكل فعال من مزايا العولمة مع تقليل عيوبها إلى الحد الأدنى، فمن الأهمية بمكان تنظيم الاستثمارات الأجنبية و إنشاء أطر قانونية لعملياتها داخل البلاد. وينبغي أن يكون الهدف الأساسي هو تعزيز المصالح الوطنية من خلال التعاون مع هذه المؤسسات والعمل مع الاستثمارات المحلية لتحقيق المنافع المشتركة. ولضمان مساهمة هذه الاستثمارات في اقتصاد البلاد، من الضروري فرض معدلات توطين أكثر صرامة لهذه المؤسسات. ولإثراء النسيج الاجتماعي للدولة بالقيم والثقافة الإماراتية، كان لا بد من تعزيز حضور الثقافة الإماراتية من خلال الفعاليات والأنشطة المجتمعية وإشراك الأشخاص من مختلف الجنسيات في هذه الممارسات. بالإضافة إلى ذلك، كان لا بد من تعزيز إجراءات البحث التي تربط بين الأطر النظرية والتطبيقية بما يخدم مصلحة الوطن.

في عالم اليوم، أصبحت العولمة جزءا أساسيا من حياتنا، على الرغم من بعض الآثار السلبية. الجانب الإيجابي للعولمة هو أنها ساعدت في التقريب بين الناس، مما أدى إلى عالم أصغر وأكثر ترابطا. وقد ساهم تبادل الأفكار والثقافة والمعلومات عبر الحدود بشكل كبير في رؤية مجتمع أكثر انفتاحاً وتسامحاً. من الآمن أن نقول إن العولمة لعبت دورًا حاسمًا في تشكيل العالم الذي نعيش فيه اليوم.

الدكتور محمد علي امدغري
باحث في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الحسن الثاني
بالدار البيضاء، المغرب

إشراك الفرد والمنظمات في الفضاء العمومي المغربي بعد دستور 2011

Involving individuals and organizations in the Moroccan public sphere after the 2011 Constitution

الملخص:

من خلال التطور التشريعي في المغرب، توج الفرد والمجتمع المدني بعد دستور2011 بأدوار مهمة وآليات اقتراحية تجعل المواطن وهيئات المجتمع المدني ركيزة اساسية في صناعة السياسات العمومية و اتخاد القرار، ومن جهة اخرى لعبت الشراكات الدولية المغربية دورا مهما في تمويل وتاطير المجتمع المدني والمواطنين في برنامج المشاركة المواطنة، وعليه بتناول هذا المقال أهم آليات اشراك الفرد والهيئات المدنية في اتخاد القرار العمومي بالاضافة الى حصيلة تاطير وتمويل برنامج المشاركة المواطنة ودوره في تأهيل وتنمية قدرات المجتمع المدني.

الكلمات المفتاحية: المجتمع المدني – المواطن – دستور2011 – المشاركة المواطنة - المغرب

summary

Through legislative development in Morocco, individuals and civil society, following the 2011 Constitution, were empowered with important roles and participatory mechanisms that make citizens and civil society organizations a fundamental pillar in shaping public policies and decision-making. On the other hand, Moroccan international partnerships have played a crucial role in funding and guiding civil society and citizens in citizen participation programs. Therefore, this article addresses the most important mechanisms for involving individuals and civil organizations in decision-making, in addition to assessing the framework

and funding of citizen participation programs and their role in empowering and developing the capacities of civil society.Keywords: civil society - citizen - 2011 Constitution - citizen participation - Morocco

تقديم:

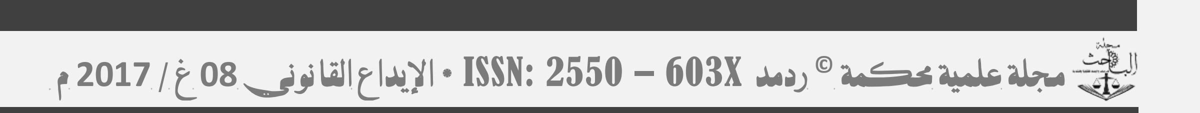
للمجتمع المدني في بعض تعريفاته معنى سياسيا، فهو أفضل طريق للعمل السياسي في عالم ما بعد الحرب الباردة، وهو مجتمع يحمي من ينتظمون للتحدي بالسلطة.[550] ويشير هذا التعريف إلى الأدوار التي باتت تلعبها جمعيات ومنظمات المجتمع المدني داخل نسيج ما فحيثما تكون حقوق المواطنة الرسمية غير راسخة تماما بصورة خاصة، فإن المجتمع المدني هو الذي يوفر القنوات اللازمة التي يستطيع معظم الناس من خلالها إسماع صوتهم لصناع القرار في الحكومة، وحماية حقوقهم المدنية والسياسية والعمل على تنمية مهارتهم كقادة سياسيين مستقبلا.

وإذا ارتكز المجتمع على أسس ديموقراطية، فان المجتمع المدني القوي يستطيع أن يحول دون تكتل السلطة الذي يهدد استقلالية الفرد وحق الاختيار، وفي مقدوره أيضا تقديم آليات فاعلة لمراقبة إساءة استخدام السلطة في الدولة، كما أنه المجال العام الديموقراطي،[551] وبذلك يتجاوز المجتمع المدني دوره كوسيط بين الدولة والمجتمع ويقدم خدمات اجتماعية إلى حمل مهمة التدافع السياسي.

لقد عرف المغرب صعودا معتبرا للفاعلين غير الحكوميين وغير المتحزبين في قلب الحياة الجمعوية خلال الثمانينيات وبشكل أوضح في التسعينيات من القرن الماضي، حيث أبان هؤلاء الفاعلون الجدد عن قدرتهم في الإسهام بكيفية ملموسة وفعالة في المجهود التنموي، وفي دمقرطة النقاش العمومي بالبلاد. ففي دارسة الوزارة الداخلية سنة 2014 وصل عدد منظمات وهيئات المجتمع المدني إلى أكثر من 116 ألف جمعية، وأوضحت الدراسة أن 42 في المئة من الجمعيات تشتغل في مجالات الأعمال الاجتماعية، وأن 21 في المئة في مجال البيئة والتنمية المستدامة و

550 مايكل ادواردز، المجتمع المدني النظرية والممارسة، ترجمة عبد القادر شاهين، الطبعة الأولى، الدوحة، المركز العربي للأبحاث ودراسات سياسية، 2015، ص 33.

551مايكل ادواردز، مرجع سابق، ص 34



19 في المئة في مجالات الرياضة والترفيه، وأن نسبة الجمعيات التي تنشط في مجالات السياسية والدين وحقوق الإنسان تتراوح بين 1 و3 في المئة فقط.[552]

وللإحاطة بهذا الموضع نطرح الإشكال التالي إلى ما مدى فعالية آليات اشراك المنظمات المدنية والفرد المواطن في الفضاء العمومي و اتخاذ القرار؟

لمقاربة هذا الموضوع سوف نتطرق إلى محورين أساسيين: إذ نتناول في الأول دور مؤسسات المجتمع المدني في اتخاذ القرارفيما الثاني نبرزفيه دورالمواطن الفرد في اتخاذ القرار.

المطلب الأول: دورمؤسسات المجتمع المدني في اتخاذ القرار

شكل موضوع المجتمع المدني سواء نظريا أو عمليا موضوعا ذات أهمية كبرى للسياسيين والباحثتين وذلك باعتبار أن المجتمع المدني أداة قوية للاختراق والضغط والوصول إلى المعادلات الاجتماعية الصعبة من هذا الطرف أو ذاك، وإذا كان المجتمع المدني في الفكر والممارسة الأمريكية قد اختلف تأسيسه وتطوره عما جرى في الفكروالممارسة الأوربية، وذلك بسبب انبثاق المجتمع المدني قبل انبثاق الدولة القومية الأمريكية، حيث تظهر تجليات بروز المجتمع المدني (الفقرة الأولى)والحريات كمجال للصراع (الفقرة الثانية)

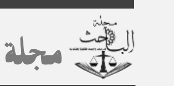
الفقرة الأولى: تجليات بروزالمجتمع المدني

يعرف عادة المجتمع المدني، على أنه إطار اجتماعي يخضع لنظام معين ينضبط له الأفراد المكونون له دون أن يتم ذلك نتيجة سلطة قهرية. حيث يلتزم الفرد بمجموعة من الضوابط في سلوكه اليومي بشكل إرادي نظرا للإقناع الذي يحصل عنده بأهميتها بالنسبة للسيرالجيد للحياة الجماعية التي تو افق إلى درجة كبيرة مصالح الفرد المنتمي إلى هذا المجتمع وأهدافه وطموحاته، ويتمتع باستقلالية نسبية عن المؤسسات المشكلة للدولة، لأنه لا يتو افق علها دائما في مواصلة سيره والحفاظ عليه، كما يتمتع باستقلالية أيضا عن الأهواء والميول الفردية.[553]

---

552 منير الجوري، الخطاب السياسي والفضاء العمومي في زمنية الاحتجاج، الطبعة الأولى، مركز ابن غازي للأبحاث والدراسات الاستراتيجية 2018، ص 67-68.

553 ادريس برهون، اشكالية دولة الحق والقانون في المغرب، الطبعة الاولى، دار الفرقان للنشر الحديث سنة 2002، ص 130.



ويبقى مفهوم المجتمع المدني يشكل الضلع الثالث لمثلث يتكون من المجتمع المدني وحقوق الانسان والديمقراطية، لا يمكن للمجتمع الذي يرغب في التطور أن ينفصل عنه، أو ينفصل بين أضلاعه، فإما أن يتبناه كله، وإما سيكون تطبيق جزء دون الآخر بمثابة تشويه ليس إلا، ومن القضايا التي توجه تحدد المجتمع المدني مسألة علاقته بالأحزاب السياسية. هناك من يعتبرها أهم مؤسسات المجتمع المدني والنقابات العمالية ولاتحادات المهنية، والجمعيات الثقافية.[554]

لذلك فإن الهدف الأمثل للجمعيات المدنية بوصفها ديمقراطيات مصغرة ليس أساسيا إلى المحاجة التي تقول أن الديمقراطية والمجال العام يعتمدان على حياة ترابطية حيوية[555].

لا يختلف مفهوم المجتمع المدني في المغرب، عن غيره في العالم العربي، وإن كانت هناك خصوصيات تميزه فمن حيث تكوينه يتم ارجاع ذلك إلى الحركة الوطنية أثناء مقاومة الاستعمار، وكذلك هناك لحظات يمتزج فيها المجتمع المدني بالسلطة السياسية، خاصة عندما يكون خطر خارجي، وأثناء الاحتجاجات والمسيرات حول الوحدة الترابية أو المظاهرات المطلبية في الشوارع، هذا في حد ذاته تعبير يعكس الملامح الأولى لمجتمع مدني بدا يعي تجانسه ويعتبر وعيه السياسي والفكري ويجري أساليب نضالاته ودفاعه عن حقوقه.

ذكر الأستاذ ادريس برهون أن المغرب عرف عدة متغيرات سياسية واجتماعية، غير أنها لم تقلل من صلابة وقوة الدولة بشكل كبير. فأصبح المجتمع المدني هو" الحد من غلو السلطة"،[556] حيث أصبحت الجمعيات الثقافية والحقوقية والمنظمات النقابية والأحزاب السياسية في لعب دور كبير، أدت إلى تميز المجتمع المغربي الناتجة عن تطور المجتمع والعاكسة لطبيعته ومجالات اهتمامه.

تؤكد عملية رصد تطور المجتمع وتوزيع اهتماماته بين ما هو سياسي وثقافي قد في أثر تطور المجتمع المدني في المغرب على موافق السلطة السياسية واضطرها إلى مسايرته مثلما حدث مع مسألة حقوق الانسان حيث بادرت إلى تصدير دستور 1992 بما يفيد تشبث المملكة بحقوق

---

[554] ادريس برهون، مرجع سابق، ص 133.

[555] مايكل ادوارزد، مرجع ساق، ص 141.

[556] رشيد اليملولي، اشكالية المجتمع المدني في المغرب، انظر الرابط التالي: https://cutt.us/9UsIn تم الاطلاع عليه بتاريخ 30.10.2023 الساعة 22,00.



الانسان،[557]نفس الأمر عرفه تطور المجتمع المدني حيث تغيرت بعض فصول الدستور مثل الفصل 19 وترسيم اللغة الأمازيغية.

الفقرة الثانية: رهان المجتمع المدني لكسب الحرية

لا يمكن تصور وجود مجتمع مدني دون وجود هامش الحرية، إلا وزاد هم المجتمع المدني ليعبر عن ذاته بمختلف الوسائل، ويقوم بدوره كما يجب. فالحرية كانت دائما وثيقة الاتصال بالحياة الديموقراطية،[558] على أي حال فإن رؤية المجتمع الصالح تشي بالقليل عن كيفية تحقيق أهداف الحياة الترابطية التي تبدو عاملا توضيحيا مهما، ولو أنها غير مكتملة في البيئات المعاصرة.[559]

وقد صدرت بعد الاستقلال كثير من النصوص القانونية كان الهدف منها هو تنظيم مجال الحريات في المغرب فكان هناك نص صدر سنة 1957 المنظم للحريات النقابية، ثم العهد الملكي لسنة 1958 ، الذي اعتبر بمثابة قانون أساسي سبق دخول المغرب إلى التجربة الدستورية، وقد نص على مجموعة من المبادئ مثل سيادة الشعب تتجسد في الملك، الذي هو الأمين عليها، وتم إقرار نظام ملكي دستوري تراعى فيه المصلحة العليا للبلاد، وتتحقق بفضله ديموقراطية صحيحة تستمد محتوياتها من روح التعاليم الإسلامية وو اقع التطور المغربي واشراك الشعب تدريجيا في تدبير شؤون البلاد ومر اقبة تسييرها.[560]

وفي الباب الثاني من الدستور الجديد المتعلق بالحريات والحقوق الأساسية أضاف الفصل 27 حق المواطنات والمواطنين في الحصول على المعلومات الموجودة في حوزة الإدارة العمومية والمؤسسات المنتخبة، والهيئات المكلفة بمهام المرفق العام". ونص الفصل 33 على أن السلطات العمومية تتخذ التدابير الملائمة لتحقيق توسيع وتعميم مشاركة الشباب في التنمية الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والسياسية للبلاد، ومساعدة الشباب على الاندماج

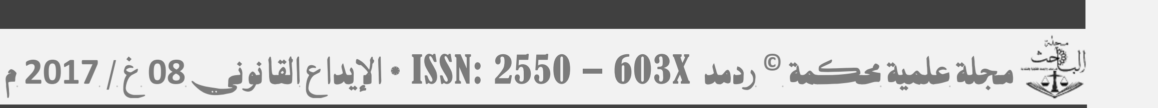
---

[557]ادريس برهون، مرجع سابق، ص 136.

[558]ادريس برهون، مرجع سابق، ص 136.

[559]مايكل ادواردز، مرجع سابق، ص 38.

[560]ادريس برهون، مرجع سابق، ص 139.



في الحياة النشيطة والجمعوية، ويحدث مجلس استشاري للشباب والعمل الجمعوي من أجل تحقيق هذه الأهداف.[561]

الدستور المغربي الجديد اعطى للمجتمع المدني دورا أساسيا في إعداد وتفعيل وتنفيذ وتقييم السياسات العمومية وفي التشريع جنبا لجنب أمام المؤسسة التشريعية وتدبير الشأن المحلي، إلا أن هذه الأدوار موقوفة التفعيل في ظل ضعف مأسسة الديمقراطية التشاركية وتحولها إلى طقوس سياسية بدون مضمون تشاركي، وكذا في ظل الغموض القانوني الذي يكتنف النصوص الدستورية وضعف الإرادة القوية لدى أصحاب القرار السياسي وعرقلتهم لهذه الأدوار بخلق مساطر غير قابلة للتطبيق.

ان المقاربة التي يتم بها اتخاذ القرار تطرح تصورا عاما للسيرورة القرارية، فهي عبارة عن خيوط متشابكة ومعقدة يتم تحركها خارج دائرة القرار الشكلية، فالسلطة معقدة واللعبة متعددة الأطراف، وبالتالي يبدو القرار كصيغة توفيقية بين الأطراف، يتداخل بعضها بالبعض الآخر مما يؤدي إلى نتيجة أساسية أخرى، وهي تراتبية القرار وهرميته حيث القرارات العادية خاضعة لمساطر روتينية وميكانيكية ... فالقرارات، حتى لو كانت ظاهريا معلنة فهي تخضع في حقيقة الأمر للصراعات الداخلية للمتدخلين.[562]

إن مشاركة المجتمع المدني في صناعة السياسيات العمومية لازال يحتاج إلى المزيد من المأسسة والتقعيد والوضوح القانوني. وأمام تصاعد وتنامي دور هيئات المجتمع المدني، في الاهتمام بقضايا الشأن العام، وسعيها الدؤوب إلى المساهمة في القرار السياسي أو في تفعيله أو في تقييمه ومراقبته، أصبح أمر إشراكها ضروري في جميع مراحل إعداد وتفعيل وتنفيذ وتقييم السياسات العمومية.[563]

561 سمية بنخلدون، رهانات المجتمع المدني على ضوء مقتضيات الدستور الجديد - مقال منشور على موقع هيسبريس، بتاريخ 13 يناير 2012، انظر الرابط التالي: https://cutt.us/0lN5b تم الاطلاع عليه بتاريخ 28.10.2023 الساعة 15.00.

562 عبد المالك احزرير، محاضرات في السياسات العمومية دراسة الظاهرة القرارية المفاهيم والنظريات، الطبعة الأولى، مطبعة سجلماسة، 2015، ص 73.

563 سعدي خليل، المجتمع المدني الديموقراطية التشاركية بالمغرب، اية علاقة؟ مقال منشور موقع العلوم القانونية انظر الرابط التالي: https://cutt.us/regf2 تم الاطلاع عليه بتاريخ 29.10.2023، الساعة 16.00.

عموما ترتكز مشاركة المتجمع المدني في اتخاذ القرار وصناعة السياسات العمومية بتقييمه ومراقبته، وبالتفاوض باسم المواطنين تطرح إشكالا قويا، نظرا للتكاثر الكبير الذي عرفه الحقل الجمعوي ببلادنا و أيضا لتضارب مصالحه و أيديولوجياته، وبالتالي فالمطلوب هو إيجاد صيغة ديمقراطية شفافة لتمثيل أغلب التوجهات والطبقات داخل آليات اتخاذ القرار العمومي ببلادنا.

المطلب الثاني: حق تقديم الملتمسات والعرائض والمشاركة المواطنة على مستوى الفرد والمجتمع المدني

أدى ضعف العمل والانخراط السياسي لفئات عريضة من المجتمع ، وتراجع مشاركة المواطنين في تدبير المجال العمومي، وغياب دور الأحزاب في تأطير المواطن بفعل الاقصاء والتهميش وعدم المشاركة إلى الدفع بالمشرع الدستوري ليس فقط إلى التفكير في تبني مفهوم الديمقراطية التشاركية كأساس للحكم، ولكن أيضا إرساء آليات فعالة للتواصل ومنح المواطنين حق الملتمسات كآلية لإشراكهم في التشريع ومنحه دور كفاعل أساسي في صياغة القرار السياسي عن طريق تقديم العرائض (الفقرى الأولى) بالإضافة الى ربط شراكات دولية مع الشركاء الدوليين والمنظمات الدولية من اجل تمويل وتأطير المجتمع المدني واشاركه في السياسات العمومية (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: دور المواطن الفرد في تقديم العرائض والملتمسات

في هذه الفقرة سنقف عند دور المواطن الفرد في تقديم الملتمسات (أولا) والعرائض (ثاني).

أولا: حق تقديم الملتمسات كآلية لإشراك المواطنين في التشريع

الوثيقة الدستورية الجديدة جاءت بصيغة بديلة حيث وعى المشرع الدستوري بالتغييرات الجارية على صعيد المفاهيم الكبرى للسياسة، فتبنى آليات للديمقراطية التشاركية، ومكن المواطنين من تقديم الملتمسات للسلطة التشريعية، حيث جاء في الفصل 14 من الدستور الجديد "المواطنات والمواطنين، يضمن شروط وكيفيات يحددها قانون تنظيمي، الحق في تقديم ملتمسات في مجال التشريع.

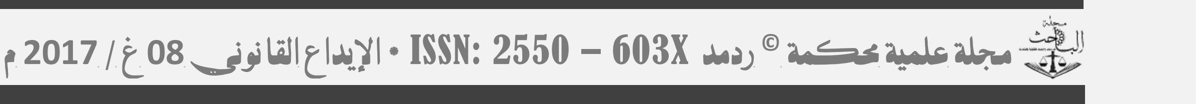
بمعني أن الدستور أعطى للمواطن حق المشاركة في اتخاذ القرار بآلية تقديم الملتمسات في مجال التشريع، فهو قانوني ممنوح فقط للمواطنين الحاملين الجنسية المغربية وليس الأجانب، ويمارس شخصيا، فمنظمات المجتمع المدني غير مسموح لها بالمشاركة في هذه الآلية، كما أن الملتمسات تقدم حصريا للبرلمان حسب شكليات وشروط سيحددها القانون التنظيمي.

يمكن تعريف الملتمس التشريعي بأنه كل مبادرة أو فعل جماعي أو فردي يهدف إلى تقديم اقتراح للبرلمان من أجل سن قانون عادي أو إلغاء قانون موجود، إن تمكين المواطنين من المشاركة في العملية التشريعية سيعزز التواصل والحوار بين الناخبين والمنتخبين البرلمانيين مما سيعطي مكانة مهمة للعملية.

والملاحظ أن المشرع الدستوري لم يؤكد بشكل صريح على دور الجمعيات في ممارسة هذا الحق، إلا أنها يمكن ممارسة هذا الحق بواسطة أعضائها كأشخاص عاديين في تقديم الملتمسات بصفتهم مبادرين أو في إطار لجنة الملتمس التي تعمل على جمع التوقيعات والتواصل مع السلطات المختصة، كما يمكنها أن تلعب دور الوساطة بين الساكنة والدولة لما تتوفر عليه من إمكانات وقدرات تعزز من دورها في المشاركة في إعداد وتنفيذ وتقييم السياسات العمومية.[564]

جاء القانون التنظيمي المنظم لعملية تقديم الملتمسات سيضع مجموعة من القيود والشروط من أجل ممارسة هذا الحق، وإذا كان هذا الأمر يبدو منطقيا لكي يتم تفادي أي إعاقة للعمل التشريعي، فإن التشدد في شروط، وحيثيات ممارسة هذا الحق سيفرغ هذه الآلية من محتواها، ويتضح من قراءة لمقترح قانون تنظيمي يتعلق بتحديد شروط وكيفيات تقديم المواطنات والمواطنين للملتمسات في المجال التشريعي مقدم من إحدى الفرق النيابية أنه أوجد لجنة دائمة للعلاقة مع المجتمع المدني داخل مجلس النواب تتكلف بدراسة الملتمسات والتأكد من مدى توفرها على جميع الشروط الضرورية لقبولها. أما شروط تقديمها فيتبين أن بعضها يقيد من فعالية هذه الآلية مما يتطلب قراءة ثانية لهذا المقترح، فهي إن كانت قد أكدت على ضرورة الالتزام بتوابيت الأمة، وأحكام الدستور والقوانين الجاري بها العمل، وأن يدخل في اختصاص مجلس النواب، وألا يكون موضوع المقترح مقيدا في جدول أعماله، وأن يحترم المعاهدات الدولية، ومنظومة الدولية لحقوق وحريات الأفراد، وكذلك ألا يتضمن أي تجريح أو

[564] خليل سعدي، مرجع سابق.



تمييز عرقي. كما جاء في الفقرة الثانية من الفصل 15 من الدستور" ويحدد قانون تنظيمي شروط وكيفيا تنظيم ممارسة هذا الحق."

ثانيا: دور المواطن " الفرد " في العرائض

منذ القدم وفكرة تقديم العرائض راسخة في المجتمع المغربي، فهي وسيلة عرفها ومارسها المغاربة منذ زمن، وهنا نذكر نموذجا عريضة المطالبة بالاستقلال لسنة 1944، والعريضة المقدمة من طرف المغاربة لمطالبة المعمر الأجنبي بالاستقلال، وفي نفس السياق نذكر ارتباط السياسي بالمدني من خلال نموذج النقابات، فقد كان تاريخ 20 مارس 1955 انطلاق العمل النقابي المغربي الخالص بعد التجارب الاستعمارية وذلك بتأسيس الاتحاد المغربي للشغل.[565] كما نذكر العريضة المقدمة من طرف حزب الاستقلال وحزب الاتحاد الوطني للقوات الشعبية سنة 1972 للقصر الملكي بخصوص تدهور الحالة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية للبلاد وتقدم لنا التجربة التاريخية البريطانية أسمى تعبير لهذه الآلية ولئن كانت طبيعة تلك العرائض سياسية فإن الدستور الجديد أراد أن يؤسس لتقديم لعرائض ذات طبيعة إدارية وسياسية وكشكل من أشكال اتخاذ ومراقبة تسيير وتنفيذ القرارات العمومية بالموازاة مع تقديم الملتمسات التي قد تصطبغ بطابع سياسي هناك نقط التقاء قوية بين تقنيتي العرائض والملتمسات في مجال التشريع فقد نص الفصل 15 من الدستور الجديد على أن " للمواطنين والمواطنات الحق في تقديم العرائض إلى السلطات العمومية."

يؤكد الفصل 139 على أنه " يمكن للمواطنات والمواطنين والجمعيات تقديم عرائض، الهدف منها مطالبة المجلس بإدراج نقطة تدخل في اختصاصه ضمن جدول أعماله.[566] هذا الفصل أعطى للمواطنين اتخاذ القرار بتقديم عرائض لرؤساء المجالس الجماعية - الجهوية والاقليمية ..... للحوار والتشاور لتيسر مساهمة المواطنين والجمعيات في اعداد برامج التنمية وتتبعها.

565 منير الجوري، الخطاب السياسي والفضاء العمومي في زمنية الاحتجاج، الطبعة الأولى، المغرب، مركز ابن غازي للأبحاث والدراسات الاستراتيجية سنة 2018، ص 69.

566حسن يوزيدي، دور المجتمع المدني في دستور 2011، مغرب القانون الرابط التالي:

https://cutt.us/s0WIx تم الاطلاع عليه 25.10.2023، الساعة 12.00.

يرى الأستاذ خليل سعدي أنه من خلال قراءة بسيطة لمشروع القانون التنظيمي رقم 44.14 المتعلق بتحديد شروط وكيفيات ممارسة الحق في تقديم العرائض إلى السلطات العمومية، ومشروع القانون التنظيمي رقم 64.14 المتعلق بتحديد شروط وكيفيات ممارسة الحق في تقديم الملتمسات في مجال التشريع يتبين أن هناك العديد من الاختلالات التي شابها بعض الباحثين، إلا أننا سنقف على ملاحظتين مهمتين في نظرنا:

- أولا عدم الوفاء لتوصيات اللجنة الوطنية للحوار الوطني حول المجتمع المدني والأدوار الدستورية الجديدة والذي أشرفت عليه الحكومة بنفسها، حيث تم كبح إحدى أهم آليات إشراك المجتمع المدني في صناعة السياسات العمومية، وذلك بوضع قوانين غير قابلة لتطبيق. ويتبين ذلك عندما اشترط عدد 7200 مواطنة ومواطن من اجل تقديم العريضة إلى السلطات العمومية وعدد 25000 مواطنة ومواطن من اجل تقديم الملتمسات في مجال التشريع عبر لائحة موقعة ومصادق عليها من طرف السلطات المحلية، هذا العسر والتعجيز لم يقف عند هذا الحد، بل تعداه عندما اشترط في مقدمي الملتمسات والعرائض أن يكونوا مقيدين في اللوائح الانتخابية العامة، متمتعين بالحقوق المدنية والسياسية، وفي وضعية جبائية سليمة.

والانطباع الذي يمكن الخروج به هو أن هذه المقتضيات التعجيزية تتنافى مع أهم المرتكزات التي قامت عليها الوثيقة الدستورية وتضرب في العمق مبدأ الديمقراطية التشاركية التي أقرتها.

- ثانيا: تم تأويل عبارة " السلطات العمومية الواردة في الفصل 15 من دستور 2011، تأويلا ضيقا حيث حصر هذه العبارة في شخص رئيس الحكومة فقط، وكان بالأحرى على المشرع التوسع في تفسير عبارة " السلطات العمومية، لتشمل كل شخص معنوي عام له صفة هيأة عمومية، مركزية أو محلية، إدارية أو منتخبة، تتولى

مسؤولية معينة في إعداد أو تنفيذ أو تقييم سياسة عمومية.وهو ما تم اقتراحه من خلال توصيات الحوار الوطني حول المجتمع المدني والأدوار الدستورية الجديدة.[567]

هنا يطرح التساؤل هل فعلا تتلقى المرافق العمومية ملاحظات مرتفقيها، ومقترحاتهم وتظلماتهم، وتؤمن بتتبعها أم تبقى عالقة بدون جواب وما يلاحظ بخصوص الفصل 27 في الفقرة الأولى "للمواطنين والمواطنات حق الحصول على المعلومات الموجودة في حوزة الادارة العمومية والمؤسسات المنتخبة، والهيئات العامة المكلفة بالمرفق العام" والفصل 156 "تتلقى المرافق العمومية ملاحظات مرتفقيها و اقتراحاتهم وتظلماتهم وتمن تتبعها. تقدم المرافق العمومية الحساب عن تدبيرها للأموال العمومية، طبقا للقوانين الجاري بها العمل، وتخضع في هذا الشأن للمراقبة والتقييم" ينص هذا على أن تقديم العرائض مخول للأفراد والجمعيات على السواء وأن تقديم العرائض والتظلمات يمكن أن يقدم لأي سلطة أو مؤسسة أو مرفق عمومي.

من هنا يمكن تعريف العريضة بكونها رسالة مفتوحة وموقعة وموجهة إلى سلطات أو مؤسسات عمومية لتغيير أو إقرار أو استفسار على وضع ما أو قانون أو مرسوم إداري ما وتلعب العريضة دورا مهما في تحقيق العدالة والإنصاف وتقريب الرؤى بين الإدارة والمرتفقين، وقد تبدأ بتقديم ملاحظات وشكاوى شخصية وفردية، حيث تنشأ خلايا للتواصل داخل الإدارات والمؤسسات العمومية، وصولا إلى تقديم عرائض فردية للإدارات والعمالات والمندوبيات الجهوية، والمصالح الخارجية مع إنشاء مصلحة خاصة للتتبع هذه العرائض، لأنها في الحقيقة تشكل جزءا من الحلول البديلة لصناعة القرار العمومي،[568] وأسلوب سلمي لممارسة الحريات والمشاركة في الشأن العام.

وهنا لابد من التذكير ما قد تقوم به مؤسسة الوسيط جهويا ومركزيا ليس فقط من أجل البحث عن حلول للتظلمات والشكاوى والوساطة، ولكن أيضا تأطير المواطنين وتوجيههم لرفع عرائض مقبولة شكلا ومضمونا.

---

[567] سعدي خليل، المجتمع المدني الديموقراطية التشاركية بالمغرب، اية علاقة؟ مقال منشور موقع العلوم القانونية انظر الرابط التالي: https://cutt.us/regf2 تم الاطلاع عليه بتاريخ 29.10.2023، الساعة 12.00.

[568] يوزيدي حسن، دور المجتمع المدني في دستور 2011، مغرب القانون الرابط التالي: https://cutt.us/s0WIx تم الاطلاع عليه 25.10.2023، الساعة 16.00.

الفقرة الثانية: جهود المجتمع الدولي للدفع بالمجتمع المدني المغربي من أجل المشاركة المواطنة

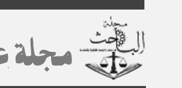
على مستوى هذه الفقرة سنتناول جهود المجتمع الدولي الذي حاول تمويل وتأطير المجتمع المدني المغربي من أجل المشاركة المواطنة والمساهمة الفعالة في الشأن العمومي، خاصة الاتحاد الاوربي باعتباره شريك (اولا) والبنك الدولي (ثانيا)

أولا: جهود الاتحاد الاوروبي نحو المجتمع المدني المغربي

سعى المغرب نحو ربط التعاون مع الاتحاد الاوربي على مستوى دعم الجمعيات، وتنفيذا لمخطط العمل المتعلق بتفعيل نظام الوضع المتقدم، تم وضع برنامج دعم المجتمع المدني بالمغرب "مشاركة مواطنة "لمواكبة مختلف الإصلاحات الدستورية والقانونية والمؤسساتية التي انخرط فيها المغرب منذ سنة 2011 وخاصة تلك المرتبطة بمواكبة دينامية المجتمع المدني ببلادنا وتنزيل أدواره الدستورية الجديدة، كما أن المملكة المغربية شرعت في إصلاح المنظومة القانونية المتعلقة بالحياة الجمعوية وتعزيز الأدوار الجديدة لمنظمات المجتمع المدني، خاصة تلك المهتمة بتدبير الشأن العام عبر استثمار آليات الديمقراطية التشاركية المتمثلة في الملتمسات في مجال التشريع والعرائض الوطنية منها والمحلية التي تتيح للجمعيات المشاركة في بلورة وتتبع تنفيذ وتقييم السياسات العمومية، والمساهمة في تدبير الشأن العام.[569]

ويشكل هذا البرنامج ثمرة شراكة بين مندوبية الاتحاد الأوروبي بالمغرب، ووزارة الدولة المكلفة بحقوق الإنسان والعلاقات مع البرلمان والمجلس الوطني لحقوق الإنسان ويتم تدبيره المالي والإداري من طرف مكتب الأمم المتحدة لخدمات المشاريع، حيث يهدف إلى تعزيز المساهمة الفعالة لمنظمات المجتمع المدني في تدبير الشأن العام، من خلال توفير الدعم التقني والمالي لمنظمات المجتمع المدني في مجالات الشباب والبيئة والمساواة بين الرجل والمرأة، عبر استثمار واختبار آليات الديمقراطية التشاركية وهيئات الحوار والتشاور في إطار منظومة القوانين المرتبطة بالجهوية المتقدمة للترافع حول قضايا تدبير الشأن المحلي والشأن العام.

[569] البوابة الوطنية للمشاركة المواطنة انظر الرابط التالي: https://cutt.us/Eaxij تم الاطلاع عليه 17 ابريل 2023. الساعة 17,30.



وفيما يلي الحصيلة المرحلية لتنفيذ هذا البرنامج الممتد على مدى 36 شهرا (2018-2020)، بغلاف مالي من تمويل الاتحاد الأوروبي يناهز 13,5 مليون يورو، على مستوى الجهات الأربع المعنية بهذا البرنامج والتي تشمل كل من جهة الدار البيضاء-سطات وطنجة - تطوان-الحسيمة وسوس-ماسة والشرق.

أ- بلغ عدد الجمعيات المستفيدة من فرص التمويل المتاحة في إطار البرنامج 235 جمعية على مستوى الجهات الأربع موزعة على الشكل التالي:

الجهة	عدد الجمعيات الممولة
جهة الدار البيضاء-سطات	47
جهة الشرق	66
جهة سوس ماسة	67
جهة طنجة-تطوان-الحسيمة	55
المجموع	235

لائحة الجمعيات الممولة [570]

ب- بلغ إجمالي المنح الممنوحة لمنظمات المجتمع المدني المستفيدة من البرنامج خلال الفترة الممتدة ما بين 19 دجنبر 2017 إلى غاية 22 مارس 2021، ما يناهز 7.063.549،48 يورو.

ت- مكن هذا البرنامج من خلق دينامية جمعوية على مستوى الجهات عبر مواكبة ما يناهز 160 جمعية لاختبار واستثمار آليات الديمقراطية التشاركية في إطار منظومة القوانين المرتبطة بالجهوية المتقدمة لتعزيز دور المجتمع المدني في الترافع حول قضايا تدبير الشأن المحلي، وفي هذا الصدد، استفادت الجمعيات من مواكبة البرنامج في مجال الديمقراطية التشاركية على الشكل التالي:

– مواكبة 91 جمعية في مجال آليات تقديم العرائض المحلية للجماعات الترابية المعنية؛

[570] البوابة الوطنية للمشاركة المواطنة، مرجع سابق.

- مواكبة 22 جمعية حاملة لمشروع رأي استشاري في مجالات اشتغالها؛

- مواكبة 47 جمعية حاملة لمشروع تقديم مذكرات ترافعية حول قضايا تدبير الشأن المحلي.

ث- مكن هذا البرنامج من تكوين وتعزيز قدرات جمعيات المجتمع المدني المستفيدة من دعم البرنامج على مستوى الجهات في خمس محاور تكوينية: تدبير المنح، تقنيات التواصل حول المشاريع المستفيدة من منح البرنامج، تقنيات الترافع، التمكين الاقتصادي والاجتماعي للنساء، مقاربة النوع والسياسات العمومية، وذلك وفق الجدول التالي:

مجال التكوين	عدد المستفيدات والمستفيدين من التكوين	نسبة النساء	نسبة الشباب أقل من 30 سنة
تدبير المنح	302	44%	33%
التواصل حول المشاريع المستفيدة من منح البرنامج	263	45%	37%
تقنيات الترافع	69	42%	26%
التمكين الاقتصادي والاجتماعي للنساء	50	34%	28%
مقاربة النوع والسياسات العمومية	57	% 74	25%

المصدر، البوابة الوطنية للمشاركة المواطنة[571]

د- مواكبة ما يناهز 115 منظمة وجمعية متخصصة في مجال الشباب عبر خلق أربع مجموعات موضوعاتية متخصصة في قضايا الشباب في كل الجهات المستفيدة من البرنامج:

- مجموعة موضوعاتية خاصة بالشباب والمقاولاتية والتشغيل،

- مجموعة موضوعاتية خاصة بالشباب والثقافة والفن،

- مجموعة موضوعاتية خاصة بالشباب والسياسات العمومية.

571 البوابة الوطنية للمشاركة المواطنة، مرجع سابق.

- مجموعة موضوعاتية خاصة بالشباب والمشاركة المواطنة.

ذ- مواكبة 41 جمعية مهتمة بقضايا البيئة، عبر تقديم الاستشارة والمواكبة ل:

- 13 جمعية ومنظمة تشتغل في مجال الحد من التغيرات المناخية،
- 15 جمعية ومنظمة تشتغل بمجال المواطنة البيئية،
- 8 جمعية ومنظمة مهتمة بالحفاظ على المناطق الهشة،
- 5 جمعية ومنظمة مهتمة بتدبير النفايات والاقتصاد الأخضر.

ر- تمكين الوزارة من المواكبة التقنية قصد إنجاز 7 مشاريع في المجالات المرتبطة بالمجتمع المدني، ونذكر مشروع تأهيل بوابة الشراكة مع جمعيات المجتمع المدني، ومشروع انجاز دراسة حول مهن المجتمع المدني، ومشروع إنجاز دراسة حول سبل تعزيز دور جمعيات المجتمع المدني للإسهام بفعالية في تحقيق أهداف التنمية المستدامة 2030، ومشروع تطوير خدمات مركز الاتصال ومواكبة جمعيات المجتمع المدني، ومشروع تعزيز ولوج الجمعيات لمجال السمعي البصري والتحول الرقمي، ومشروع وضع إطار مرجعي لتقوية قدرات الجمعيات، ومشروع تطوير وحدات التكوين عن بعد في مجال السمعي البصري و التحول الرقمي لفائدة الجمعيات

ز- دعم ومواكبة مشاريع المجلس الوطني لحقوق الإنسان

على هذا المستوى نذكر مجموعة من المشاريع، منها مشروع تنظيم دورات تكوينية حول تتبع وتقييم السياسات العمومية وكيفية توظيف آليات الديمقراطية التشاركية في مجال الدفاع عن حقوق الإنسان؛ ومشروع تنظيم جائزة الاحتفاء بأفضل مشاركة علمية حول موضوع المساواة بين النوع والحد من الاقصاء المبني على النوع الاجتماعي؛ ومشروع تنظيم ورشة تكوينية حول المشاركة المواطنة وآليات الديمقراطية التشاركية لفائدة الفاعلين المؤسساتيين ومنتخبي الجماعات الترابية؛ ومشروع انجاز دراسة ميدانية حول تصورات الشباب (3000 شاب وشابة) لحقوق الإنسان والمواطنة في الجهات الأربع للبرنامج؛ ومشروع

استثمار دلائل في مجال حقوق الإنسان من خلال انتاج 10 فيديوهات تتضمن محتوى يستهدف الشباب.

الوضعية المالية لتنفيذ البرنامج:

المحور	الغلاف المالي المرصود (بالأورو)	الغلاف المالي المحول إلى حدود 22 مارس 2021 (بالأورو)
1- الدعم المؤسساتي لوزارة الدولة والمجلس الوطني لحقوق الانسان	723 166,00	353 516,03
2-الدعم الموجه لجمعيات المجتمع المدني بالجهات الأربع	7 383 528,7	7 063 549,48
3- الدعم المتعلق بالتواصل حول البرنامج	497 492,37	330 753,43
4- تكاليف التدبير الإداري والمالي للبرنامج من طرف UNOPS	4 895 812,93	4 656 800,19
المجموع	13 500 000,00	12 404 619,13

1. المصدر: البوابة الوطنية للمشاركة المواطنة[572]

2. ثانيا: جهود البنك الدولي

في 25 يناير 2013، قدمت المملكة المغربية إلى الصندوق الانتقالي، الذي تم إنشاؤه في إطار شراكة دوفيل، وهو مشروع مساعدة تقنية للبنك الدولي يهدف إلى دعم تنزيل الإطار الجديد للحكامة الذي نص عليه دستور 2011. وقد وافقت اللجنة التوجيهية للصندوق الانتقالي في 20 فبراير 2013 على هذا المشروع. وتم توقيع اتفاقية الهبة في 29 أكتوبر 2013 لدعم ثلاثة إصلاحات استراتيجية من خلال 3 مكونات تهدف إلى: تعزيز المشاركة المواطنة (تحت مسؤولية وزارة الدولة المكلفة بحقوق الإنسان والعلاقات مع البرلمان)، وإصلاح القانون الأساسي المتعلق بقانون المالية (تحت مسؤولية وزارة الاقتصاد والمالية وإصلاح الإدارة)، وتنفيذ استراتيجية اللامركزية المالية وتعزيز الإدارة المالية المحلية ويتمحور المكون الأول المتعلق بتعزيز مشاركة المواطنين والمواطنات، حول المشاريع التالية:

- تطوير وتنفيذ الإطار القانوني للعرائض والملتمسات؛

572 البوابة الوطنية للمشاركة المواطنة، مرجع سابق.

- تطوير منصة إلكترونية للمشاركة المواطنة؛
- إعداد وتنفيذ خطة تواصلية تحسيسية حول الإطار القانوني للديمقراطية التشاركية من أجل دعم الإصلاحات المغربية في مشاركة المواطنين؛
- تنظيم مهمتين دراسيتين للاستفادة من الخبرات الدولية في مجال تعزيز مشاركة المواطنين في تدبير الشأن العام بصفة عامة وعبر وسائل التكنولوجيا الحديثة بصفة خاصة (تم تنفيذ مهمتين الأولى إلى المملكة المتحدة والثانية إلى كندا).

وتبعا لقرار اللجنة الاستراتيجية المكلفة بتدبير وتتبع الملف، حصلت هذه الأخيرة على دعم مالي إضافي لأجرأة مشاريع موازية لتعزيز المكون الأول لبرنامج تنزيل الإطار الجديد للحكامة والمتعلق بالمشاركة المواطنة وهي كالتالي[573]:

- تعزيز قدرات مسؤولي وأطر الوزارة المكلفة بتكوين جمعيات المجتمع المدني في مجال الديمقراطية التشاركية والسياسات العمومية؛
- وضع منصة الكترونية للتكوين عن بعد في مجال الديمقراطية التشاركية.

وتجدر الإشارة إلى أن وزارة الدولة المكلفة بحقوق الإنسان والعلاقات مع البرلمان قد عملت على تنزيل جل المشاريع المذكورة أعلاه المتعلقة بتعزيز المشاركة المواطنة، في حين مشروع وضع منصة التكوين عن بعد في مجال الديمقراطية التشاركية هو في طور الإنجاز، ولا نرى الا أن هذه الجهود تسعى إلى تأهيل المجتمع المدني لممارسة أدواره الدستورية سعيا إلى جعله أكثر استقلالية وفعالية في الفضاء العمومي المغربي.

خاتمة:

المجتمع المدني يمثل القوة الدافعة والحامية للمواطنين، بحيث يعمل على توفير القنوات اللازمة للمشاركة السياسية وحماية حقوق المواطنين المدنية والسياسية، وبالاعتماد على أسس ديمقراطية، يستطيع المجتمع المدني القوي تحقيق التوازن ومنع تكتل السلطة التي تهدد استقلالية الأفراد وحقهم في الاختيار، كما يعمل المجتمع المدني على تطوير آليات فاعلة لمراقبة

[573] البوابة الوطنية للمشاركة المواطنة، مرجع سابق.



ومنع إساءة استخدام السلطة، وبالتالي يشكل الهدف الأمثل للجمعيات المدنية بوصفها ديمقراطيات مصغرة ليس أساسيا إلى المحاجة التي تقول أن الديمقراطية والمجال العام يعتمدان على حياة ترابطية حيوية تعمل على خدمة المواطن.

إن الركيزة الأساسية لوجود المجتمع المدني الفعال والمشارك هو الحرية، لأنه دون وجود هامش الحرية يصعب تحقيق الأهداف المتوخاة، والدستور المغربي لسنة 2011 أعطى للمواطن حق المشاركة في اتخاذ القرار بآلية تقديم الملتمسات في مجال التشريع بهدف المقاربة التشاركية بين المجتمع المدني والسلطات والإدارات العمومية، كما متع المنظمات بهذا الحق، واستطاع الفاعلون الحكوميين في المغرب بفضل الشراكات بينه وبين الفاعلين الدوليين توفير التمويل والتأطير اللازم للدفع بالفرد والمواطنين والجمعيات المدنية للمشاركة المواطنة والمساهمة في اتخاذ وصناعة القرار.

لائحة المراجع

مراجع باللغة العربية

• المجتمع المدني النظرية والممارسة، ادواردزمايكل، ترجمة عبد القادرشاهين، الدوحة، الطبعة الأولى، المركزالعربي للأبحاث ودراسات سياسية 2015

• الخطاب السياسي والفضاء العمومي في زمنية الاحتجاج منير الجوري، الطبعة الأولى المغرب، مركزابن غازي للأبحاث والدراسات الإستراتجية، سنة 2018.

• إشكالية دولة الحق والقانون في المغرب، دريس برهون، الطبعة الاولى، دار الفرقان للنشر الحديث 2002.

• محاضرات في السياسات العمومية دراسة الظاهرة القرارية المفاهيم والنظريات، احزريرعبد المالك، الطبعة الأولى، مكناس، مطبعة سجلماسة، سنة 2015.

مو اقع الكترونية

• بنخلدون سمية، رهانات المجتمع المدني على ضوء مقتضيات الدستور الجديد - مقال منشور على موقع هيسبريس، بتاريخ 13 يناير 2012، انظر الرابط التالي: https://cutt.us/0lN5b تم الاطلاع عليه بتاريخ 28.10.2023، الساعة 22.00.

- سعدي خليل، المجتمع المدني الديموقراطية التشاركية بالمغرب، اية علاقة؟ مقال منشور موقع العلوم القانونية انظر الرابط التالي: https://cutt.us/regf2 تم الاطلاع عليه بتاريخ 29.10.2023، الساعة 12.00.

- يوزيدي حسن، دور المجتمع المدني في دستور 2011، مغرب القانون الرابط التالي: https://cutt.us/s0Wlx تم الاطلاع عليه 25.10.2023، الساعة 15.00.

- رشيد اليملولي، اشكالية المجتمع المدني في المغرب، انظر الرابط التالي: https://cutt.us/9Usln تم الاطلاع عليه بتاريخ 30.10.2023، الساعة 14.00.

- البوابة الوطنية للمشاركة المواطنة انظر الرابط التالي: https://cutt.us/Eaxij تم الاطلاع عليه 17 ابريل 2023، الساعة 15.00.

الدكتور باب ولد عبد الله
دكتور في القانون الخاص وأستاذ متعاون في جامعة العلوم الإسلامية ـ موريتانيا

عقد النقل التجاري في القانون الموريتاني ـ دراسة مقارنة

The Commercial transport in Mauritanianlaw - A comparative study

الملخص:

حاولنا في دراستنا لعقدالنقل التجاري في القانون الموريتاني . دراسة مقارنة، تناوله في مطلبين: خصصنا المطلب الأول لعقد نقل الأشياء، ورأينا أنه عقد بمقتضاه يلتزم أحد أطرافه في مواجهة الآخربأن يقوم بتوصيل بضاعة أوشيء من مكان لآخرويتم تسليمها في المكان المتفق عليه.

وتناولنا هذا المطلب من خلال فقرتين: عالجنا في الأولى آثارعقد نقل الأشياء بالنسبة للناقل، ورأينا أن هذه الآثارتتمثل أساسا في التزامات الناقل (وهي تسلم الشيء، وشحن الشيء، ونقل الشيء، والمحافظة عليه أثناء النقل،وتفريغ الشيء وتسليمه للمرسل إليه) وحقوقه (وهي الأجرة وحق فحص الأشياء).

أما الفقرة الثانية فقد تناولنا فيها آثارعقد النقل بالنسبة للمرسل والمرسل إليه، وتتمثل هذه الآثارأساسا في حقوق الطرفين والتزاماتهم .

وقد تناولنا المطلب الثاني من خلال عقد نقل الأشخاص، وعالجناه من خلال فقرتين تناولنا في الفقرة الأولى آثارعقد نقل الأشخاص بالنسبة للناقل، ويترتب على هذه الآثارالتزامات في ذمة الناقل وحقوق له، أما التزاماته فهي: نقل المسافروأمتعته و المحافظة على سلامه أثناء النقل، أما حقوقه فهي: الحصول على الأجرة المتفق عليها، الحق في الاطلاع على محتويات الأمتعة المرافقة للراكب.

أما الفقرة الثانية من هذا المطلب آثارعقد نقل الأشخاص بالنسبة للمسافر، وهنا نشير إلى أن ما هو التزام للمسافرهوحق للناقل، وما هو حق للمسافرهو التزام للناقل.

Summary

In ourstudy of the commercial transport contract in Mauritanianlaw, wetried a comparative study, dealingwithit in twodemands: Wedealtwiththisrequirement in twoparagraphs:

As for the second paragraph, wedealtwith the effects of the contract of carriage for the sender and the addressee, and theseeffects are mainlyrepresented in the rights and obligations of both parties.

Wedealtwith the second requirementthrough the contract of transportation of persons, and wedealtwithitthroughtwoparagraphs. In the first paragraph, wedealtwith the effects of the contract of transportation of persons for the carrier, and theseeffectsentail obligations and rights of the carrier, as for his obligations, they are: transporting the traveler and hisluggage and maintaininghissafetyduring transportation, As for hisrights, they are: obtaining the agreed-uponfare, the right to see the contents of the luggageaccompanying the passenger.

As for the second paragraph of thisrequirement, the effects of the contract of carriage of persons for the traveler, and herewe point out thatwhatis the obligation of the traveler is the right of the carrier, and whatis the right of the traveler is the obligation of the carrier.

الكلمات المفتاحة:

عقدالنقل التجاري في القانون الموريتاني (دراسة مقارن) . عقد نقل الأشياء عقد نقل الأشخاص.

Keywords:

The contract of commercial transport in Mauritanianlaw (a comparative study) - the contract of transportingthings, the contract of transporting people.

مقدمة:

يعتبرعقد النقل من أهم العقود التجارية، ومما لا شك فيه أن نشاط النقل يرتبط ارتباطا وثيقا بالنشاط الاقتصادي والتجاري للإنسان، ذلك أنه يمثل خدمة ضرورية لا غنى عنها لحصوله على ما يحتاج إليه من السلع والخدمات[574].

وعقد النقل عقد رضائي ينشأ بمجرد تبادل الإيجاب والقبول بين طرفيه، وهما الناقل والمسافر، أي بمجرد الاتفاق بين طرفين على شروطه وعناصره[575].

والنقل عمل تجاري بحكم القانون وتجدد هذا العمل بتغيير مكان الأشياء أو الأشخاص، فهويستند والحالة هذه إذن على فكرة الحركة والتداول[576] فهذا العقد لو قامت بها الدولة لعتبر عملا تجاريا بالنسبة للدولة على الرغم من كونها لا تكتسب صفة التاجر[577].

وعقد النقل هو اتفاق يتعهد بمقتضاه الناقل مقابل ثمن بنقل شخص أو شيء إلى مكان معين(المادة 1168من مدونة التجارة الموريتانية)، وتطبق قواعد عقد النقل كذلك على الحالة التي يتكلف فيها التاجر بنقل أشخاص أو أشياء مقابل ثمن وإن لم يكن يمارس النقل بصفة اعتيادية (المادة 1169 من مدونة التجارة).

وتتجلى أهمية موضوع عقد النقل التجاري في دراسة نظامه القانوني وما يترتب على ذلك من تمييز بين نقل الأشياء ونقل لأشخاص من جهة، وما يرتبه من التزامات بين أطراف العقد من جهة أخرى.

ورغم أهمية موضوع عقد النقل التجاري، إلا أن الدارس تعترضه بعض الصعوبات أهمها:

قلة المراجع المتخصصة، وصعوبة التمييزبين التزامات أطر افه وحقوقهم.

---

[574] ـ شتواح العياشي ـ عقد النقل للبضائع ـ مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون (فرع الأعمال) ـ جامعة منتوري ـ القسطنطينية ـ لسنة 2004 - 2005 ـ ص 11

[575] ـ عزيز العكيلي ـ الوجيز في القانون التجاري ـ ط 1 ـ الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ـ عمان ـ 2000 ـ ص 114.

[576] ـ باسم محمد صالح ـ القانون التجاري ـ القسم الأول ـ مطبعة جامعة بغداد ـ بغداد 1987 ـ ص 175

[577] ـ على جمال الدين عوض ـ القانون التجاري ـ سنة 1989 ـ ص 157



وتثير دراسة عقد النقل التجاري عدة إشكاليات من قبيل:

ما هو عقد نقل الأشياء وما هي الآثار المترتبة عليه ؟

وما هو عقد نقل الأشخاص وما هي الآثارلمترتبة عليه ؟

وللإجابة على هذه الأسئلة نتبع المنهج التحليلي الوصفي والمقارن، لنقارن أحكام عقد النقل التجاري في القانون الموريتاني مع بعض التشريعات المقارنة.

انطلاقا مما سبق فإن دراستنا لعقد النقل ستكون من خلال تقسيمه إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول نقل الأشياء على أن نتناول في المطلب الثاني نقل الأشخاص.

المطلب الأول: عقد نقل الأشياء[578]

وهو عقد بمقتضاه يلتزم أحد أطر افه في مواجهة الآخر بأن يقوم بتوصيل بضاعة أو شيء من مكان لآخر ويتم تسليمها في المكان المتفق عليه.

فأطراف عقد نقل الأشياء هي الناقل والمرسل و المرسل له، ومحل هذا العقد أو موضوعه هو الشيء المرسل.

ويترتب على عقد نقل الأشياء عدة حقوق و التزامات متبادلة سواء تعلق الأمر بالناقل (الفقرة الأولى) أو بالمرسل أو المرسل إليه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: آثار عقد نقل الأشياء بالنسبة للناقل:

يرتب عقد نقل الأشياء بالنسبة للناقل جملة من الالتزامات (أولا) بالإضافة بعض الحقوق (ثانيا)

أولا: التزاماته:

يلتزم الناقل بعدة التزامات أهمها:

أ. تسلم الشيء :

---

578 ـ تناول المشرع الموريتاني نقل الأشياء بمقتضى المواد من المادة 1170 إلى المادة 1200 من مدونة التجارة، وتناوله المشرع المغربي بمقتضى المواد من المادة 445 إلى المادة 475 من مدونة التجارة، وتناوله المشرع الجزائري بمقتضى المواد من 36 إلى 60، أما المشرع العراقي فقد خصص لعقد النقل قانون خاص وهو القانون رقم 80 لسنة 1983 المتضمن عقد النقل، أما المشرع المصري فقد نظم نقل الأشياء بمقتضى المواد من 90 إلى 104 من القانون التجاري، أما نقل الأشخاص فلم ينظمه المشرع المصري ـ أنظر في هذا الأخير ـ إبراهيم سيد أحمد ـ العقود والشركات التجارية ـ فقها وقضاء ـ ط 1 سنة 1999 دار الجامعة لحديثة للنشر ـ ص 43



إن أول التزام يقع على عاتق الناقل هو تسلم الشيء محل العقد كي يقوم بتنفيذ النقل، غير أن هذا الالتزام ليس مطلقا، إذ بإمكان الناقل رفض التسليم إذا كان الشيء مخالفا لما تم الاتفاق عليه، لذا فإن على الناقل عند تسلمه الشيء تأكد من صلاحيته للنقل، وإلا فأنه يعد مسؤولا عن الأضرار المترتبة نتيجة سوء حالة الشيء وقت التسليم[579].

ب .شحن الشيء:

الشحن وهو وضع الشيء في الألة التي سينقل بواسطتها وهذه من الالتزامات التي تقع الناقل.

ج نقل الشيء والمحافظة عليه أثناء النقل:

على الناقل القيام بنقل الشيء بالصيغة المتفق عليها، ويجب عليه مراعاة الوقت اللازم للنقل.

ويعد الالتزام بنقل البضاعة الالتزام الرئيسي للناقل وكذلك الغاية المتوخاة من إبرام العقد بالنسبة للناقل[580]

يلزم الناقل بالمحافظة على الشيء من القوت الذي يكون فيه تحت سيطرته وحيازته لغاية إيصاله إلى جهة الوصول لذلك فقد نصت المادة 1183 من مدونة التجارة الموريتانية على أنه: << يسأل الناقل عن ضياع الأشياء وعوارها منذ تسلمه إياها إلى حين تسليمها للمرسل إليه، ولا أثرلكل شرط يرمي إلى إعفائه من هذه المسؤولية>>[581] وأضافت المادة 47 من القانون التجاري الجز ائري أنه: << يعد الناقل مسؤولا من وقت تسلمه الأشياء المراد نقلها، عن ضياعها الكلي أو الجزئي تلفها أو التأخرفي تسليمها>>.

وفي سبيل تحقيق الناقل للمحافظة على الشيء، يجب عليه أن تخصص وسيلة نقل صالحة للقيام به مع مراعاة طبيعة وخصائص الشيء المنقول[582].

د. تفريغ الشيء وتسليمه للمرسل إليه:

---

579 - باسم محمد صالح - القانون التجاري - مرجع سابق - ص 193

580 - سعيد الجدار - عقد نقل البضائع في القانون التجاري الجديد - رقم 17 ، 99 - دار المطبوعات التجارية ، الإسكندرية - مصر - ص 58

581 - تطابق هذه المادة مع المادة 458 من مدونة التجارة المغربية، أما المشرع الجزائري فقد تناول التزامات الناقل في المادة 30 وما بعدها من قانون النقل.

582 - مصفى كمال طه - العقود التجارية وعمليات البنوك - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - مصر 2002 - ص 173

وتسليم الشيء هو عملية إخراجه من وسيلة النقل تمهيدا لتسليمه وتعتبر عملية التفريغ جزءا من عملية النقل، إلا أنها تختلف عن التسليم، إذ أن التسليم عملية ينتهي بها عقد العمل، أما التفريق فهو عملية ممهدة للتسليم[583].

يبقى الناقل مسؤولا عن الشيء لحين تسليمه، والتسليم إما أن يكون فعليا وهو الذي يسلم للمرسل إليه بعينه، أو حكميا هو التسليم لمن ينوب عن المرسل إليه، فيجب على الناقل أن يقوم بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه وإذا ما كانت تذكرة النقل اسمية وجب تسليمها إلى الشخص الذي ذكر اسمه فيها وإذا كانت إذنية فيجب تسليمها لإذن الشخص المدون لإذنه أو للمظهر إليه، وإذا كانت لحاملها فهنا يجب التسليم لحامل التذكرة، وللمرسل إليه حقا شخصيا في استلام البضاعة وله الحق في رفع الدعوى باسمه شخصيا قبل الناقل لمطالبته بتعويض ما لحقه من ضرر في حالة هلاك البضاعة، والمشرع بهذا الصدد قد قرر للمرسل إليه حقا شخصيا مستقلا عن الراسل وفي المقابل لذلك، الناقل لا يستطيع أن يحتج قبل المرسل إليه بالدفوع التي له أن يحتج بها قبل الراسل[584].

والأصل أن التسليم يتم في المكان والزمان المتفق عليهما، والنصوص عليه في مستند النقل، ولا يشترط لصحة التسليم أن يتم في المكان والزمان المتفق عليهما فقط، بل أن يرد على ذات البضاعة المبينة في سند النقل، وأن يصل لصاحب الحق في استلام البضاعة وهو إما المرسل إليه الشرعي أو وكيله[585].

ثانيا: حقوق الناقل:

بجانب الالتزامات السابقة فإن للناقل حقوق:

أ. الأجرة:

وهي المقابل لعملية النقل التي يلزم بتنفيذها الناقل لمصلحة المرسل، ويحدد الاتفاق مقدار الأجرة وميعاد ومكان الوفاء بها.

---

[583] - باسم محمد صالح - القانون التجاري - مرجع سابق - ص 197

[584] - إبراهيم سيد أحمد - مرجع سابق - ص 45

[585] - مراد عبد الفتاح - شرح العقود التجارية والمدنية - ط 1 - ص 109



والأصل أن المرسل هو الملتزم بدفع الأجرة، وتبعا لذلك فإن الوفاء بها يتم عند تسليم البضاعة، غير أن المرسل إليه قد يكون الملتزم بدفع الأجرة، وهنا يكون الوفاء بها عند وصول البضاعة.

وفي جميع الحالات وإذا كانت الأجرة مستحقة الدفع عند الوصول، فإن للناقل .في سبيل استفاء الأجرة .الحق في التباع إحدى الإجراءات التالية:

1. الرجوع بالتضامن على المرسل والمرسل إليه

نص مشرعنا الموريتاني[586] على أن المرسل إليه لا يتحمل الالتزامات الناشئة عن عقد النقل إلا إذا صدر منه قبول صريح أو ضمني اتجاه الناقل، وإذا كان الأصل أن المرسل إليه يكون ضامنا لوحده للأجرة في هذه الحالة الأخيرة، فإن الراجح هو بقاء التضامن بين المرسل والمرسل إليه إذا كانت أجرة الناقل مستحقة الدفع عند الوصول، وهذا ما نص عليه صراحة المشرع الجزائري بمقتضى المادة 40 من القانون التجاري، حيث تنص الفقرة الثانية من هذه المادة على أنه: << إذا اشترط دفع الأجرة عند وصول الأشياء المنقولة فيكون المرسل[587] والمرسل إليه الذي صدر منه القبول ملزمين بأدائها بالتضامن بينهما >>.

وتبعا لذلك فإن الاتفاق على تحمل المرسل إليه دفع أجرة النقل لا يعفي المرسل من دفعها، بل يظل للناقل الحق في الرجوع على المرسل بما لم يستوفيه من المرسل إليه، إذ أن كلا من المرسل والمرسل إليه يكونان مسؤولين عن دفع الأجرة من قبل الناقل، ويجوز الرجوع عليهما معا أو الرجوع على الموسر منهما إذا لم يستوف أي جزء من الأجرة[588].

2. حق الناقل في حبس البضاعة

يمكن للناقل في حالة عدم استفاء الأجرة حبس الأشياء المنقولة ضمانا لديونه الناتجة عن عقد الفقل[589].

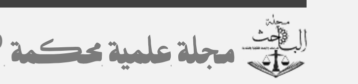
---

586 ـ نص على ذلك بمقتضى المادة 1171 من مدونة التجارة

587 ـ نشير هنا إلى أن المشرع قد وقع في خطأ مادي حيث أورد عبارة الناقل بدلا من المرسل.

588 ـ مصفى كمال طه ـ مرجع سابق ـ 169 وما بعدها .

589 ـ المادة 1195 من مدونة التجارة الموريتانية والماد 470 من مدونة التجارة المغربية، والقانون التجاري المصري المادة 239 والأردني المادة
675 ونفس التوجه سار عليه القانون التجاري السوري المادة 361 ـ راجع في ذلك كله، معوض عبد الوهاب الموسوعة التجارية الشاملة في التعليق على قانون التجارة الجديد ـ ج 2 ـ ط 2 ـ 2000 ـ ص 694، أما في القانون التجاري الجزائري، فإنه لم يتطرق لحق الناقل في حبس البضاعة ـ أنظر شتواح العياشي ـ عقد النقل للبضائع ـ مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ـ مرجع سابق ـ ص 70.



TEL + 212 771394949 www.allbahit.com Majalatlbahit2017@gmail.com

وعليه فإذا امتنع المرسل أو المرسل إليه عن الوفاء بالأجرة، فأنه يحق للناقل أن يحبس البضاعة محل النقل تحت يده حتى يستوفي المبلغ المستحق له.

ولا يترب على استعمال حق الحبس فسخ عقد النقل أو انقضاء الالتزامات الناشئة عنه، بل يقتصر الأمر على وقف تنفيذ التزام الناقل بتسليم الشيء حتى يفي المرسل (أو المرسل إليه) بالتزامه بدفع أجرة النقل، ومتى ما تم الوفاء بدفع هذه الأجرة عاد الالتزام في ذمة الناقل بسليم البضاعة وفق شروط عقد النقل، وإذا لم يتم الوفاء وخشي الناقل من هلاك البضاعة أو تلفها له أن يطلب إذنا من القضاء ببيعها[590].

ويسقط حق الناقل في الأجرة أو جزء منها إذا وقعت إحدى الحلات التالية[591]:

- إذا هلك الشيء بالقوة القاهرة

- إذا أحالت الهوة القاهرة دون مباشرة النقل.

- إذا باشر الناقل النقل ولكن حالت القوة القاهرة دون الاستمرار في النقل، فللناقل من الأجرة ما نقل من مسافة.

- وجود عيب ذاتي في الأشياء أو في طبيعتها

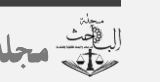
ولا يستحق الناقل ثمن النقل إلا إذا ثبت أن الضياع أو العوار راجع إلى فعل أو أوامر المرسل أو المرسل إليه (المادة 1184 من مدونة التجارة الموريتانية).

ب. حق الفحص

تنص المادة 1174 من مدونة التجارة الموريتانية على أنه: << يحق للناقل أن يبين على سند النقل أو بوثيقة منفصلة عنه حالة الأشياء المعدة للنقل في الوقت الذي يستلمها فيه، فإذا قبلها بدون تحفظ، اعتبرت هذه الأشياء خالية من كل عيب خارجي يتعلق بالتغليف، أما العيوب التي

[590] ـ سعد أحمد شعله ـ قضاء النقض التجاري في عقد النقل ـ دار الفكر العربي ـ القاهرة ـ مصر ـ ص 69

[591] ـ يستشف ذلك من مفهوم مخالفة المادة 1184 من مدونة التجارة الموريتانية التي تنفي المسؤولية عن الناقل في بعض الحالات حددتها، لكن في المقابل تمنعه من استفاء الأجرة ما لم يمكن سبب الضياع أو العوار راجع لأوامر المرسل أو المرسل إليه تقابل المادة 1184 سابقة الذكر المادة 459 مدونة التجارة المغربية والمادة 48 من القانون التجاري الجزائري.



لا يمكن التعرف عليها في الخارج فلا يسقط حق الناقل في إثباتها ولو قبل الأشياء المعدة للنقل دون إبداء أية ملاحظة أو تحفظ [592]>>.

واستنادا إلى ذلك فإن للناقل حق فحص الشيء محل النقل للتحقق منه ومن جواز نقله ومدى صلاحيته للنقل.

وإذا كان الأصل أن الناقل يسأل فقط عن الفحص الخارجي، فإن له إذا اقتضى الفحص فك الأغلفة أو فتح الأوعية أن يخطر المرسل لحضور عملية الفحص، فإذا لم يحضر في الميعاد المعين جاز للناقل إجراء الفحص في غيابه وعلى نفقته[593].

بالإضافة إلى ما سبق من حقوق فإن للناقل الحق في التأكد من صحة البيانات التي يقدمها المرسل.

الفقرة الثانية: آثار عقد النقل بالنسبة للمرسل والمرسل إليه:

يرتب عقد النقل عدة آثار سواء تعلق الأمر بالمرسل (أولا) أو المرسل إليه (ثانيا)

أولا: آثار عقد النقل بالنسبة للمرسل

بالحديث عن آثار عقد النقل بالنسبة للمرسل، فإننا نتحدث عن التزاماته (أ) وحقوقه (ب).

أ. التزامات المرسل:

يلتزم المرسل بمايلي:

1. تسليم الشيء محل النقل

2. تقديم بينات عنه واعداده للنقل

3. إخطار الناقل باتخاذ استعدادات النقل إذا تطلب النقل ذلك

[592] ـ تقابل هذه المادة، المادة 449 من مدونة التجارة المغربية، ونص المشرع المصري على إمكانية فحص البضاعة بمقتضى المادة 225 من القانون التجاري، والعراقي بمقتضى المادة 259 من القانون التجاري، أما المشرع الجزائري لم ينص صراحة على حق الناقل في فحص البضاعة.

[593] ـ منير محمد الجهيني وممدوح محمد الجهيني ـ العقود التجارية ـ دار الفكر العربي ـ الإسكندرية ـ مصر 2000 ـ ص 229



4. دفع الأجرة وغيرها من المصاريف المستحقة جراء النقل، إذا كان الاتفاق يقضي بذلك.

5. تسليم سند النقل للناقل طلبه[594].

ب – حقوق المرسل:

للمرسل عدة حقوق أهمها:

1. أن يطلب من الناقل تسليم صورة من وثيقة النقل ذلك أنه يجب على الناقل أن يرجع للمرسل نسخة من سند النقل بعد إمضائه[595].

2. إذا لم تحرر وثيقة نقل للمرسل فإن من حقه عندئذ أن يطلب وصلا موقعا من طرف الناقل بتسلم الشيء محل النقل.

3. للمرسل الحق في توجيه الشيء محل النقل طيلة بقائه في حيازة الناقل، بحيث يحق له إعادة توجيهه إلى جهة أخرى على أن يدفع المرسل أجرة إضافية إذا اقتض الأمر ذلك[596].

ثانيا: آثار عقد النقل بالنسبة للمرسل إليه

يرتب عقد النقل في ذمة المرسل إليه جملة من الالتزامات (أ) بالإضافة إلى بعض الحقوق (ب)

أ – التزامات المرسل إليه:

1. يلتزم المرسل إليه بتسلم الشيء محل العقد من الناقل .

2. يلزم المرسل إليه عند تسلمه الأشياء المنقولة بأداء ثمن النقل والخزن والمصاريف المترتبة على تلك الأشياء والتسبيقات العادية التي قدمها الناقل من أجلها، كما يلزم بالوفاء بجميع الالتزامات الأخرى التي يمكن أن يتحملها من جراء عقد النقل[597]

ب – حقوق المرسل إليه:

---

[594] ـ المادة 1170 من مدونة التجارة الموريتانية والمادة 445 من مدونة التجارة المغربية، وقد نص المشرع المغربي، أما المشرع الجزائري
فقد نص على أن << على المرسل أن يبين بتذكرة النقل اسم المرسل إليه وعنوانه ومكان تسليم الأشياء المنقولة ونوعها وعددها ووزنها أو حجمها>>.

[595] المادة 1173 من مدونة التجارة الموريتانية، والمادة 448 من مدونة التجارة المغربية.

[596] ـ المادة 1177 من مدونة التجارة الموريتانية، والمادة 452 من مدونة التجارة المغربية

[597] ـ الفقرة الأخيرة من المادة 1193 من مدونة التجارة الموريتانية والمادة 469 من مدونة التجارة المغربية.



1 . يحق للمرسل إليه أن يقوم عند التسليم بإجراء فحص بحضور الناقل لإثبات حالة الأشياء المنقولة وصفتها ولو لم تظهر أية علامة خارجية تدل على إصابتها بعوار، كما يمكن له أن يطلب إجراء ذلك الفحص بواسطة خبراء منتدبين لهذا الغرض أو عن طريق السلطة القضائية بعين المكان(المادة 1197 من مدونة التجارة الموريتانية[598]) .

المطلب الثاني: عقد نقل الأشخاص

يعرف عقد النقل بأنه عقد يلزم بمقتضاه شخص يطلق عليه أمين النقل بنقل أشياء أو أشخاص من جهة إلى أخرى بواسطة أداء نقل في مقابل أجر[599].

وعقد نقل الأشخاص هو اتفاق بين شخصين أحدهما يدعى الناقل والأخر يسمى المسافر بمقتضى هذا الاتفاق تتم عملية النقل من مكان إلى آخر بمقابل ثمن معلوم[600].

يختلف عقد نقل الأشخاص عن عقد نقل الأشياء في أن عقد نقل الأشخاص لا يوجد فيه غير طرفين هما: الراكب والناقل، وقد تناول مشرعنا الموريتاني عقد النقل في من المادة 1201 إلى المادة 1211 من مدونة التجارة[601].

ونقتصر في دراستنا لعقد نقل الأشخاص على ما يرتبه هذا العقد من آثار اتجاه الناقل من جهة (الفقرة الأولى) والراكب من جهة أخرى (الفقرة ثانيا).

الفقرة الأولى: آثار عقد نقل الأشخاص بالنسبة للناقل

يرتب عقد نقل الأشخاص عدة التزامات في ذمة الناقل(أولا) بالإضافة إلى تمتعه ببعض الحقوق (ثانيا).

أولا – التزامات الناقل:

يقع على عاتق الناقل التزامان أساسيان هما:

أ. نقل الراكب وأمتعته:

598 ـ تقابلها المادة 472 من مدونة التجارة المغربية، جدير بالذكر أن ذات الإجراء يخول للناقل وفق ذات المواد.

599 ـ على حسن يونس ـ عقد النقل ـ دار الفكر العربي ـ القاهرة ـ 1965 ـ ص 3

600 ـ زهير قزان وعمر علالي ـ عقد النقل البري للأشخاص ـ مذكرة مقدم ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر تخصص إدارة أعمال ـ جامعة الجيلالي بونعامة ـ كلية الحقوق والعلوم السياسية ـ قسم الحقوق ـ السنة الدراسية 2014 ـ 2015 ـ ص 10

601 ـ أما المشرع المغربي فقد تناوله بمقتضى المواد من 476 إلى 486 من مدونة التجارة، في حين تناوله المشرع الجزائري بمقتضى المواد من 62 إلى 74



يجب على الناقل إيصال الراكب إلى الجهة المقصودة وفي الميعاد المتفق عليه، أما أمتعة الراكب فيفرق فيها بين الأمتعة المسلمة للناقل .كالحقائب – وتخضع للأحكام الخاصة بنقل الأشياء (سابقة الذكر) أما الأمتعة المرافقة للراكب والتي يحتفظ بها وتكون في حراسته فهذه الأمتعة لا يسأل عنها الناقل لوجودها تحت إشراف ورقابة الراكب (المادة 1208 من مدونة التجارة الموريتانية[602])، لأن الناقل لا يعلم بمحتواها ولا تكون في حراسته، و إنما تبقى في حراسة المسافر الذي يحتفظ بها معه أثناء النقل، وبذلك فإن مسؤولية الناقل عن هلاك أو تلف الأمتعة اليدوية مسؤولية تقصيرية وليست مسؤولية عقدية، فإذا أراد المسافر أن يطالب بالتعويض عن هلاكها أوتلفها لابد أن يثبت الخطأ الذي صدرعن الناقل وعن تابعيه والذي كان سببا في هلاك تلك الأمتعة أو تلفها أو ضياعها[603].

ب المحافظة على سلامة الراكب أثناء النقل:

يلزم الناقل بالمحافظة على سلامة المسافرين ثناء نقله لهم، وتبعا لذلك فإنه يسأل عن الأضرار التي تلحق بالمسافرين خلال سفرهم ما لم يكن الضرر نتيجة لقوة قاهرة أو لخطإ المسافر(المادة 1210 من مدونة التجارة الموريتانية[604]).

ورغم أن التشريعين الموريتاني و المغربي وضعا على عاتق الناقل حماية المسافر، إلا أنهما لم يكونا بذات دقة المشرع الجزائري الذي نص صراحة على أنه << يجب على ناقل الأشخاص، أن يضمن ثاء مدة النقل سلامة المسافر وأن يوصله إلى وجهته المقصودة في حدود الوقت المعين بالعقد>>[605]، ولم يكفي المشرع الجزائر بذلك بل اعتبر باطلا كل شرط بإعفاء الناقل كليا أو جزئيا من مسؤوليته المتسببة عن الأضرار البدنية الحاصلة للمسافرين[606]، وفي جميع الحالات فإن مسؤولية الناقل اتجاه المسافر تبدأ من تكلفه بنقله[607].

ثانيا – حقوق الناقل: من أهم هذه حقوق

[602] ـ نفس التوجه سار عليه المشرع المغربي بمقتضى المادة 483 من مدونة التجارة، أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 68 من القانون التجاري على أن الأمتعة المسجلة تخضع لأحكام المواد 46 و 47 و 48 ومن 52 إلى 61 .

[603] ـ بن زايد عبد الله ـ عقد لنقل البري للأشخاص ـ مذكرة مقدمة للاستكمال متطلبات ماستر أكاديمي ـ جامعة قصدي مرباح ورقلة ـ كلية الحقوق ـ قسم القانون ـ السنة الجامعية 2013 - 2014 ـ ص 24.

[604] ـ تقابلها المادة 485 من مدونة التجارة المغربية، ذات التوجه تقريبا سار عليه المشرع الجزائري بمقتضى المادة 63 من القانون التجاري.

[605] ـ المادة 61 من القانون التجاري الجزائري

[606] ـ المادة 63 من القانون التجاري.

[607] ـ المادة 64 من القانون التجاري الجزائري.

أ. الحصول على الأجرة المتفق عليها:

تبقى الأجرة هي الباعث الرئيسي لإبرام التعاقد من لدن الناقل، لذلك فبمجرد إتمام عملية النقل يحق له الحصول على الأجرة، بل يمكن أن يحصل عليها قبل إتمام عملية النقل إذا كان الاتفاق يقضي بذلك، وإن كان الأصل هو أن الناقل لا يستحق الأجرة إلا بعد إيصال المسافر إلى وجهته، فالتزام الناقل هنا التزام بحقيق نتيجة لا ببذل عناية، وبالتالي لا يعتد بهذه الأخيرة إلا إذا أحالت القوة القاهرة أو الحادث الفجائي دون تحقيق نتيجة.

ولضمان حق الناقل في استفاء الأجرة فقد خوله المشرع حق حبس أمتعة المسافر ولوازمه إلى أن يحصل على ثمن النقل والخدمات المقدمة أثناء السفر[608].

ب. الحق في الاطلاع على محتويات الأمتعة المر افقة للراكب.

يبقى للناقل حق فحص الأمتعة التي يجعلها المسافر في عهدته، فللناقل عند استلام هذه الأمتعة أن يقوم بفحصها تحت رقابة المسافر.

كما أن للناقل الحق في توجيه تعليمات للمسافر طيلة فترة لرحلة لضمان سلامته.

ولأن التزام كل طرف في العقد هو حق للطرف الأخر، فإننا سنتحدث أكثر عن الحقوق الناقل في معرض حديثنا عن التزامات الراكب أو لمسافر.

الفقرة الثانية: آثار عقد نقل الأشخاص بالنسبة للراكب

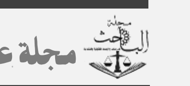
تتجلى آثار عقد النقل اتجاه الراكب في ما يرتب من التزامات في ذمته (أولا) وما يضمن له من حقوق (ثانيا).

أولا: التزامات الراكب أو المسافر

يرتب عقد النقل في ذمة الراكب التزامين أساسيين: التزام بدفع الأجرة (أ) و أتباع تعليمات الناقل (ب).

أ. أداء أجرة النقل:

[608] - المادة 1209 من مدونة التجارة الموريتانية، والمادة 484 من مدونة التجارة المغربية



على المسافر أداء أجرة النقل في موعدها المحدد وبالكيفية التي تم الاتفاق عليها إذا أنجز الناقل التزامه بنقله إلى المكان المحدد في العقد.

وقد حدد المشرع حالتين تطبق فيهما قواعد خاصة هما: إذا تعذر السفر قبل الانطلاق (1) وإذا توقف السفر بعيد الانطلاق ولم يكن ذلك باتفاق الأطراف (2).

1. تعذر النقل قبل الانطلاق:

تقضي المادة 1202 من مدونة التجارة الموريتانية ولمادة 477 من م.ت المغربية، أنه إذا تعذر السفر قبل الانطلاق طبقت القواعد الآتية[609]:

. إذا لم يوجد المسافر في مكان الانطلاق في الوقت المناسب حق له الركوب في الرحلة الموالية، وفي كل الأحوال يجب عليه دفع الثمن كاملا.

. إذا تعذر السفر بإرادة المسافر وجب عليه دفع الثمن كاملا، أما إذا تعذر السفر بسبب الوفاة أو المرض أو أي عائق قاهر فيفسخ العقد بدون تعويض.

2. إذا توقف السفر بعيد الانطلاق دون اتفاق الطرفين:

بحسب مقتضيات المادة 1203 من م.ت الموريتانية والمادة 478 من م.ت المغربية، إذا توقف السفر بعيد الانطلاق، وكان ذلك بإرادة المسافر، وجب عليه دفع ثمن النقل كاملا.

ب. إتباع تعليمات الناقل:

على الراكب مراعاة تعليمات الناقل الخاصة بالنقل.

فحرصا على سلامة المسافرين و وراحتهم ولسلامة المركب يضع الناقل عدة تعليمات يجب على المسافرين التقيد بها[610].

فللناقل سلطة واسعة تكفل له الحفاظ على الأمن والنظام وتأمين وسيلة النقل والمسافرين سالمين إلى المكان المقصود، وفي حالة وجود الخطر أو كشفه أثناء فترة السفر

---

[609] ـ نذكر هنا من هذه القواعد ما يتعلق أساسا بالتزامات المسافر.

[610] ـ فوزي محمد سامي، محمد فواز المطالقة ـ شرح القانون التجاري ـ ج 1 ـ ط 1 ـ دار الثقافة للنشر والتوزيع ـ عمان ـ 2008 ـ ص 244



فيجوز للناقل إنزال الشخص الذي يعتبر خطرا على وسيلة النقل وكذلك الحال بالنسبة للمتعة[611]

ثانيا: حقوق المسافر:

للراكب عده حقوق والتي هي في ذات الوقت التزامات على الناقل، ويمكن ن نختصر هذه الحقوق في ما يلي:

أ. إيصال المسافر للمكان المتفق عليه:

من أهم الحقوق التي يرتبها عقد النقل بالنسبة للمسافر، هو حقه في الوصول إلى الوجهة المتفق عليها، لذلك إذا لم يتم الوصول إلى تلك الوجهة بسبب فعل أو خطإ الناقل فللمسافر الحق في استرداد ثمن النقل وكذا التعويض عن الضرر، كذلك إذا تعذر الوصول إلى الوجهة المتفق عليها بسبب حادث فجائي أو قوة قاهرة تتعلق بوسيلة النقل أو أي سبب آخر من شأنه أن يمنع السفر أو يجعله خطيرا وذلك دون أن يصدر الخطأ عن أي طرف فسخ العقد بدون تعويض من أي طرف والتزم الناقل بإرجاع ثمن النقل إذا كان قد قبضه مسبقا[612]، إضافة إلى ذلك إذا امتنع الناقل عن متابعة السفر أو أرغم بخطئه المسافر على التوقف في الطريق فلا يلزم المسافر بدفع ثمن النقل ويحق له استرداده إن كان قد دفعه مسبقا، فضلا عن حقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر[613].

ولا يقتصر حق المسافر على ذلك بل يحق له إذا تأخر السفر التعويض عن الضرر الناتج عن التأخير، وإذا كان التأخير غير معتاد أو إذا لم تبق للمسافر بسبب هذا التأخير فائدة في القيام بالسفر، حق له زيادة عن تعويض الضرر أن يفسخ العقد أو أن يسترجع ثمن النقل الذي دفعه، غير أنه لا تعويض للمسافر إذا كان التأخير ناتجا عن حادث فجائي أو قوة قاهرة[614].

ب. المحافظة على معدات المسافر التي تم تسليمها للناقل:

[611] ـ سمير جميل حسين الفتلاوي ـ العقود التجارية الجزائرية ـ ديوان المطبوعات الجامعية ـ الجزائر ـ 2001 ـ ص 323
[612] ـ الفقرة الثالثة والرابعة من المادة 1202 من م.ت الموريتانية وذات الفقرات من المادة 477 من م.ت المغربية.
[613] الفقرة الثانية من المادة 1203 من م.ت الموريتانية وذات الفقرة من المادة 478 من م.ت المغربية.
[614] ـ المادة 1204 من م.ت الموريتانية والمادة 479 من م.ت المغربية.



يحق للمسافر أن يسأل الناقل عن ضياع أمتعته أو هلاكها، ولا يلزم بدفع أي ثمن إضافي عن الأمتعة واللوازم الشخصية ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك[615].

ولأن حقوق المسافر هي التزامات الناقل، ولأن أمتعة المسافر في عقد نقل الأشخاص تطبق عليها المواد من 1183 إلى 1185 و1189 (من م.ت الموريتانية[616]) والمتضمنة كيفية ضمان الناقل . في عقد نقل الأشياء . للأشياء التي في حوزته، فإننا نحيل إلى ما ذكرناه آنفا في معرض حديثنا عن التزامات الناقل في عقد نقل الأشياء.

الخاتمة:

انطلاقا من دراستنا السابقة لعقد النقل التجاري في قانون الموريتاني، يمكن أن نخرج بعدة استنتاجات تطلبت منا اقتراح بعض التوصيات.

* الاستنتاجات:

بالرجوع إلى ما ذكرناه سابقا في معرض عن عقد النقل التجاري في قانون الموريتاني (دراسة مقارنة)، يمكن أن نخرج بجملة من النتائج أهمها:

+ أن عقد النقل هو اتفاق يتعهد بمقتضاه الناقل مقابل ثمن بنقل شخص أو شيء إلى مكان معين.

+ أن مشرعنا الموريتاني قد ضمن عقد النقل التجاري نوعين من العقود:

. عقد نقل الأشياء: وهو عقد بمقتضاه يلتزم أحد أطرافه في مواجهة الآخر بأن يقوم بتوصيل بضاعة أو شيء من مكان لآخر ويتم تسليمها في المكان المتفق عليه.

ويترتب هذا العقد عدة حقوق و التزامات متبادلة سواء تعلق الأمر بالناقل أو بالمرسل أو المرسل إليه.

---

[615] ـ المادة 1208 من م.ت الموريتانية والمادة 483 من م.ت المغربية.
تنص المادتين على أنه: << لا يلزم المسافر بدفع أي ثمن إضافي عن الأمتعة واللوازم الشخصية ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك، هلاكها حسب القواعد المنصوص عليها في المواد من 1183 إلى 1185 و1189، غير أنه أو ويسأل الناقل عن ضياع أمتعة المسافر لا يسأل عن الأمتعة التي يحتفظ بها المسافر>>.

[616] ـ تقابلها المواد 458 و459 460 و464 من مدونة التجارة المغربية

.عقد نقل الأشخاص: هو اتفاق بين شخصين أحدهما يدعى الناقل والأخر يسمى المسافر بمقتضى هذا الاتفاق تتم عملية النقل من مكان إلى آخر بمقابل ثمن معلوم.

و يختلف عقد نقل الأشخاص عن عقد نقل الأشياء في أن عقد نقل الأشخاص لا يوجد فيه غير طرفين هما: الراكب والناقل، في أن عقد نقل الأشياء قد يتضمن ثلاثة أطراف هما المرسل والناقل والمرسل إليه.

* الاقتراحات:

يجب على المشرع الموريتاني إدراج الملاحظات التالية:

.وضع قوانين أكثر دقة في حماية حقوق المسافرين باعتبارهم الطرف الأضعف في العقد.

.تحديد بدقه الجهة المخول بالحكم بالتعويض وتسهيل إجراءات الحصول عليه.

إعادة مؤسسات النقل العمومي لنقل المسافرين، حيث يفترض في هذه المؤسسات حرصها على سلامة المسافر وسلامة الأمتعة المرسل مع هذه المؤسسات، خاصة أن تنافس المؤسسات التجارية الخاصة على تحقيق الربح، قد يدفعهم إلى المخاطرة بالأرواح والأمتعة في سبيل تحقيق الربح.

قائمة المراجع:

. شتواح العياشي . عقد النقل للبضائع . مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون (فرع الأعمال) . جامعة منتوري . القسطنطينية . لسنة 2004

. عزيز العكيلي . الوجيز في القانون التجاري . ط 1 . الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع . عمان . 2000

. باسم محمد صالح . القانون التجاري . القسم الأول . مطبعة جامعة بغداد . بغداد 1987

. على جمال الدين عوض . القانون التجاري . سنة 1989

. إبراهيم سيد أحمد . العقود والشركات التجارية . فقها وقضاء . ط 1 سنة 1999 دار الجامعة لحديثة للنشر

. سعيد الجدار . عقد نقل البضائع في القانون التجاري الجديد . رقم 17 ، 99 . دار المطبوعات التجارية ، الإسكندرية . مصر

. مصفى كمال طه . العقود التجارية وعمليات البنوك . دار المطبوعات الجامعية . الإسكندرية . مصر 2002

. مراد عبد الفتاح . شرح العقود التجارية والمدنية . ط 1

معوض عبد الوهاب الموسوعة التجارية الشاملة في التعليق على قانون التجارة الجديد . ج 2 . ط 2 . 2000

. سعد أحمد شعله . قضاء النقض التجاري في عقد النقل . دار الفكر العربي . القاهرة . مصر

. منير محمد الجهيني وممدوح محمد الجهيني . العقود التجارية . دار الفكر العربي . الإسكندرية . مصر 2000

. على حسن يونس . عقد النقل . دار الفكر العربي . القاهرة . 1965

. زهير قزان و عمر علالي . عقد النقل البري للأشخاص . مذكرة مقدم ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر تخصص إدارة أعمال . جامعة الجيلالي بونعامة . كلية الحقوق والعلوم السياسية . قسم الحقوق . السنة الدراسية 2014 . 2015 .

. بن زايد عبد الله . عقد لنقل البري للأشخاص . مذكرة مقدمة للاستكمال متطلبات ماستر أكاديمي . جامعة قصدي مرباح ورقلة . كلية الحقوق . قسم القانون . السنة الجامعية 2013 . 2014

. فوزي محمد سامي، محمد فواز المطالقة . شرح القانون التجاري . ج 1 . ط 1 . دار الثقافة للنشر والتوزيع . عمان . 2008

. سمير جميل حسين الفتلاوي . العقود التجارية الجزائرية . ديوان المطبوعات الجامعية . الجزائر . 2001

الدكتورة كوثر هيلالي
حاصل على الدكتورة في القانون الخاص
باحثة في العلوم القانونية



حجية الإثبات بالوسائل الإلكترونية

The validity of proof by electronic means

مقدمة:

إذا كان من المعلوم أن الإثبات نظام قانوني لا يقبل من طرقه ووسائله إلا تلك التي حددها المشرع، حيث ظلت وسائل الإثبات التقليدية مسيطرة على قناعات القاضي لمدة طويلة، فإنه في خضم الثورة الرقمية والصحوة المعلوماتية أصبحت تكنولوجيا المعلومات تشكل العمود الفقري لأغلب المعاملات والتبادلات الاقتصادية.

كما أدى الانتشار المتنامي للعقود المبرمة بوسائل الاتصال الحديثة إلى شيوع ما يسمى بالعقود الإلكترونية، هذه الأخيرة باتت اليوم تطرح مجموعة من الإشكالات القانونية، لا سيما الشق المتعلق بالإثبات، وذلك بالنظر لتعقد العلاقات الناجمة عن مثل هذا النوع من العقود، واختلاف الوسيط المادي الذي يتم من خلاله تحرير العقد وتدوين بنوده، ففي مثل هذا النوع من التعاقد تثور مجموعة من الأسئلة المحورية حول مدى اعتبار ما يتم تدوينه على الدعامات غير الورقية، هو من قبيل الكتابة المعتد بها في الإثبات، ومدى حجية هذه الكتابة، ويزداد الوضع تعقيدا فيما لو أراد أطراف العقد التمسك بالمحرر الإلكتروني كدليل كتابي كامل، كما يطرح التوقيع الإلكتروني باعتباره وليد مثل هذا النوع من المعاملات بدوره مجموعة من الإشكالات، ذلك أن الأخذ بالوسائل الإلكترونية في الإثبات من شأنه أن يحرم الأطراف المتعاقدة من امتلاك الأدلة التي تثبت تصرفاتهم التعاقدية، كما ستدخلهم في متاهات البحث عن أدلة تقليدية يقبلها المشرع مما يضيع علهم الوقت والجهد.

لذلك بات من الواضح أن المصلحة العامة تقتضي ضرورة انسجام النصوص القانونية مع الوسائل التكنولوجيا بدلا من التمسك بالمفاهيم التقليدية للإثبات، كما أن درجة الوثوق الاجتماعي والتقني في وسائل الاتصال الحديثة وصلت إلى حد كاف يجعل الالتزامات والحقوق المعبر عنها بطريقة إلكترونية لا ينقصها إلا الاعتراف القانوني. هذا ما يفتح باب النقاش أمام

الإشكال المطروح بقوة على مستوى الو اقع العملي والمتعلق بمدى حجية الوسائل الإلكترونية في الإثبات؟

الإجابة عن هذا التساؤل تطلبت تقسيمه إلى المحاور التالية: المحور الأول: ماهية الوسائل الإلكترونية؛ المحور الثاني: مكانة الوسائل الإلكترونية ضمن منظومة الإثبات؛ المحور الثالث: الإثبات بالوسائل الإلكترونية في العمل القضائي.

المحور الأول: ماهية الوسائل الإلكترونية

من المسلم به أن التعرف على طبيعة وماهية الوثائق الإلكترونية التي تتم في أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية ومعرفة الضوابط والشروط التي تمت بمقتضاها هذه المعاملات الإلكترونية يشكل مدخلا رئيسيا للحكم على القوة الثبوتية لتلك المعاملات وبيان حجيتها أمام القضاء.

وإذا كان المشرع المغربي لم يعط تعريفا محددا ودقيقا للوسائل الإلكترونية المعتد بها في الإثبات وترك الأمر لاجتهاد الفقهاء، فإن هذا الأمر فتح العنان لأقلام الفقهاء والدارسين في المجال القانوني والتقني لإعطاء تعريفات متنوعة تختلف باختلاف مشارب وتكوين القائم على التعريف، نذكر منها: "أي معلومات سواء كانت من صنع الإنسان أو تم استخلاصها من الحاسوب بشكل يمكن قراءته أو تفسيره من أشخاص لديهم مهارات في إعادة تشكيل المعلومات بمساعدة برامج الكمبيوتر"[617]، "المعلومات أو البيانات التي يتم إنشاؤها ومعالجتها وإرسالها أو تخزينها واسترجاعها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، وسواء كانت هذه المعلومات المستخدمة لغوية أو غير لغوية مقروءة أو مسموعة أو منظورة اشتملت على عقد أو وعد أو عهد أو إعلام أو التزام أو اتفاق أو غير ذلك سواء تم تبادلها في شكل رقمي أو تماثلي"[618]، "الأحرف والأرقام أو الإشارات الرقمية أو الرموز الأخرى ذات دلالة واضحة محررة بطريقة إلكترونية، أو تم تبادلها بشكل إلكتروني باستخدام نظم المعالجة الآلية للمعطيات، وتمكن من التعرف بصفة

617- خالد محمود إبراهيم، الجرائم المعلوماتية، مطبعة دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، الطبعة الأولى 2009، ص 178.
618 - حسين بن محمد المهدي، القوة الثبوتية للمعاملات الإلكترونية، مجلة البحوث القضائية، إصدار المكتب الفني بالمحكمة العليا للجمهورية اليمنية، العدد7، 2007 ص 46 و 47؛
أنظر كذلك التعريف الذي أورته المادة 2 من قانون الأونسيترال بشأن التجارة الإلكترونية.



قانونية على الشخص الذي صدرت عنه، ومحفوظة على حامل إلكتروني يؤمن قراءتها والرجوع إليها عند الحاجة"[619].

وانطلاقا مما سبق، يمكن القول أن الوسائل الإلكترونية عبارة عن معلومات وبيانات ناتجة من خلال رموزوتشفيرات رقمية تكونت في طبيعة معلوماتية مرتبطة بالحاسوب وشبكات الأنترنت، ويتم استخدامها وتداولها بشكل إلكتروني وتتخذ عدة أشكال، منها النصوص المرقنة والصوروالسمعيات والبصريات، وهي بيانات يصعب الاحتجاج بها لارتباطها بالعالم الافتراضي المتطورباستمرار.

وعلى العموم فإن الوسائل الإلكترونية المعتمد عليها في مجال الإثبات يمكن تقسيمها إلى ثلاث أنواع:

1- المخرجات الورقية: المقروءة على الورق وتستخرج عن طريق آلة الطابعة، أو عبر الراسم؛

2- المخرجات الإلكترونية: عبارة عن أشرطة أو أقراص مغناطيسية أو ضوئية أو ليزرية؛

3- مخرجات معالجة البيانات المعروضة على شاشة الحاسب الآلي: هي المقروءة مباشرة من على شاشة الحاسب الآلي أو الإنترنت أو بواسطة الشاشات أو وحدة العرض المرئي[620].

المحور الثاني: مكانة الوسائل الإلكترونية ضمن منظومة الإثبات

إن أهمية الإثبات تكمن في معرفة صاحب الحق المتنازع فيه وصون حقوق الأطراف المتنازعة، والإثبات بالوسائل الإلكترونية تتجلى في مدى اقتناع الجهة المحال إليها النزاع في صحة المعلومات والوثائق الإلكترونية المدلى بها بالنظرلما تحتويه من معلومات موثوقة صادرة عن الأطراف رافعة النزاع، والكيفية التي تم تخزينها والاحتفاظ بها وهي التي تكسب الوثيقة الإلكترونية حجيتها في الإثبات والتمسك بها أمام الجهات المعنية.

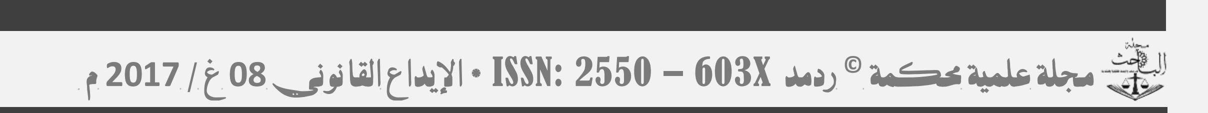
ولهذا عمدت بعض التشريعات إلى بيان الشروط والضوابط التي يمكن معها اعتبار المحررات الإلكترونية كدليل في الإثبات[621]، وتضمنت التشريعات الوطنية والدولية المنظمة

---

[619] -عبدالحكيم زروق، التنظيم القانوني للمغرب الرقمي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى2013، ص 26

620 - علي حسن الطواليه، مشروعية الدليل الإلكتروني المستمد من التفتيش، مركز الإعلام الأمني، 2009، ص 3

[621] - أنظر المادة 6 من قانون الأونسيترال بشأن التجارة الإلكترونية.



للتجارة الدولية بوجه عام، وقوانين الإثبات بوجه خاص، قواعد تقضي بالمساواة في القيمة القانونية ما بين التعاقدات التقليدية والعقد الإلكتروني، وذلك لإقرار حجية المستخرجات الإلكترونية والمراسلات الإلكترونية ولضمان موثوقيتها للاحتجاج بها عند الاقتضاء، حيث قررت عدد من التشريعات معايير للحجية تقوم على إثبات حصول الاتصال وموثوقية المتصلين لتوفير الأمن والحماية للمعطيات المعالجة آليا لبعث الثقة لدى مستخدمي شبكة الإنترنت.

وإذا كانت الوثيقة الرقمية قد حازت الشرط القانوني المؤيد لشرعية تواجدها وصحة تداولها وذلك بعد موجة التعديلات التشريعية التي شملت القوانين الوطنية والدولية، فإن الإقرار بما تضمنته هذه الوثيقة من أفعال أو أقوال يتطلب إضافة إلى الاعتراف القانوني من طرف المشرع المغربي الذي أعطى للوثيقة الإلكترونية نفس القوة الثبوتية التي تتمتع بها الوثائق الكتابية العادية، وذلك بمقتضى القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، الذي تمم الباب الأول من القسم الأول من الكتاب الأول من ظهير الالتزامات والعقود المتعلق بالالتزامات بوجه عام وكذا الباب السابع من نفس القسم المتعلق بالإثبات بالكتابة وبمقتضى التعديل الأول أضيف الفصل 1-2 الذي نص في فقرته الأولى على أنه "عندما يكون الإدلاء بالمحرر مطلوبا لإثبات صحة وثيقة قانونية، يمكن إعداد هذا المحرر وحفظه بشكل إلكتروني"، أما الإضافة الثانية فقد شملت الفصل 417-1 الذي جاء في فقرته الأولى أنه "تتمتع الوثيقة المحررة على دعامة إلكترونية بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المحررة على الورق".

وعليه، فبالإضافة إلى الاعتراف القانوني، هناك شروط أخرى موضوعية يتطلبها الدليل الكتابي عامة سواء أكان دليلا ماديا على دعامة ورقية، أم كان دليلا غير محسوس محمل على دعامة إلكترونية.

وتتلخص مجمل الشروط الموضوعية في إصباغ الحجية القانونية على الوثيقة الإلكترونية، في تحقق الشروط المنصوص عليها في الفصلين 417-1 و 417-2 من قانون الالتزامات والعقود:

أ- شرط الكتابة في الوثيقة الإلكترونية: للاعتداد بالوثيقة الإلكترونية كوسيلة إثبات متساوية في القيمة القانونية مع الوثيقة الكتابية العادية لابد لها أن تكون ثابتة ومستمرة في مضمونها، أي أن تكون الكتابة الإلكترونية على دعامة تضمن ثباتها بشكل مستمر مع إمكانية

الرجوع إليها عند الحاجة وإمكانية الاطلاع على مضمونها ومحتواها[622]، كما أن انخفاض نسبة تعرض الدليل الكتابي الإلكتروني للتلف أو الضياع بفضل ظهور إمكانيات التحفيظ والتخزين في ذاكرات مختلفة داخل الدعامة الإلكترونية الواحدة، أصبحت معه الوثيقة الإلكترونية تحقق شرط الاستمرار والثبات اللازمين لقبول الدليل الكتابي الإلكتروني في الإثبات، كما وسع القانون رقم 53.05 مفهوم الكتابة ليشمل الكتابة الإلكترونية، ونفس الشيء بالنسبة لمفهوم التوقيع الذي اتسع كذلك ليستوعب التوقيع الإلكتروني، كما اعترف بحجية الوثيقة الإلكترونية وسواها بالوثائق العادية وحدد الشروط اللازمة للاعتداد بالدليل الإلكتروني في الإثبات.

ب- توقيع الوثيقة الإلكترونية: يعتبر التوقيع شرطا أساسيا في جميع المحررات لأنه يسمح بتحديد هوية محرر الوثيقة فهو يثبت إقرار الموقع على ما هو مدون وموجود في المحرر. والمحرر الإلكتروني شأنه شأن أي محرر عادي لا ينتج آثاره القانونية دون توقيع يميز هوية الموقع ويعبر عن مو افقته عليه[623]، ذلك أن التحقق من هوية الشخص صاحب المحرر الإلكتروني من بين الشروط الأساسية لقبوله بصريح الفصل 417-1 من قانون الالتزامات والعقود (الفقرة الثانية) "تقبل الوثيقة المحررة بشكل إلكتروني للإثبات، شأنها في ذلك شأن الوثيقة المحررة على الورق، شريطة أن يكون بالإمكان التعرف بصفة قانونية، على الشخص الذي صدرت عنه". وقد حاول المشرع المغربي تعريف التوقيع الإلكتروني من خلال الفقرة الثالثة من الفصل 2-417 من قانون الالتزامات والعقود التي تنص على أنه "عندما يكون التوقيع إلكترونيا، يتعين استعمال وسيلة تعريف موثوق بها تضمن ارتباطه بالوثيقة المتصلة به"، ومن خلال المادة 2 من القانون رقم 20-43 المتعلق بخدمات الثقة بشأن المعاملات الإلكترونية: "التوقيع الإلكتروني البسيط: توقيع يتجلى في استعمال طريقة ذات موثوقية للتعريف الإلكتروني تضمن ارتباط التوقيع بالوثيقة المتعلقة به ، ويعبر عن رضى صاحب التوقيع...". كما يمكن التوقيع الإلكتروني من حصول المحرر الإلكتروني على تاريخ ثابت يمكن الاحتجاج به في حالة النزاع أو في حالة التقادم.

ت- تحقق شرط التمامية في الوثيقة الإلكترونية: أظهرت المعاملات المالية على الأنترنت، الحاجة لتوفير للمعاملات الإلكترونية والبيانات الإسمية، وذلك عن طريق شخص ثالث ليس

---

622 - محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، دار النهضة العربية، سنة 2002، ص 27.

623 - حسين بن محمد المهدي، مرجع سابق، ص 67.

من أطراف العقد حتى يوثق البيانات المتبادلة وبصفة خاصة التوقيع الإلكتروني، ويشهد بصحته دون أن يكون له مصلحة شخصية في هذه البيانات، مع إمكانية الاحتفاظ بالمحرر الإلكتروني في شكله الأصلي المتفق عليه، دون أن يلحقه أي تغيير[624]، وذلك باتباع مجموعة من الأنظمة التي أصبحت متداولة في العصر الحديث وتمكن من الاحتفاظ الإلكتروني للوثيقة[625].

وبناء على سبق، متى تو افرت الشروط القانونية المشار إليها آنفا في الوثيقة الإلكترونية الرسمية فإن ذلك يؤدي إلى قيام قرينة قانونية على سلامة وصحة الورقة الإلكترونية، ولا يستطيع أحد الطعن فيها إلا بالزور، والوثيقة الإلكترونية تصبح رسمية بمجرد وضع التوقيع الإلكتروني أمام موظف عمومي له صلاحية التوثيق، ومتى فقدت الوثيقة هذا الشرط فإنها تصبح عرفية، والمحررات الإلكترونية الرسمية أو العرفية تعد من أدلة الإثبات متى استجمعت شروط صحتها المذكورة أعلاه، وتصلح لإثبات الوقائع والتصرفات القانونية باستثناء ما تنص عليه الفقرة الثالثة من الفصل 2.1 من قانون الالتزامات والعقود: "غير أن الوثائق المتعلقة بتطبيق أحكام مدونة الأسرة والمحررات العرفية المتعلقة بالضمانات الشخصية أو العينية، ذات الطابع المدني أو التجاري لا تخضع لأحكام هذا القانون، ماعدا المحررات المنجزة من لدن شخص لأغراض مهنته".

وبالنظر إلى الكيفية التي صيغت بها هذه الفقرة الأخيرة من الفصل المذكور خاصة عبارة "هذا القانون"، فإنها تفيد أن القانون المعني هو قانون الالتزامات والعقود طالما أن الفصل المذكور ورد في إطاره بدل القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، في حين أن نية المشرع لا يمكن أن تتجه إلى استثناء إخضاع الأحكام المذكورة من أحكام قانون الالتزامات والعقود، لأن ذلك لا يستساغ ما دامت جميع التصرفات القانونية والعقود تخضع لأحكام الشريعة العامة للقوانين وهي قانون الالتزامات والعقود.

وبالرجوع إلى الصياغة التي جاء بها هذا الفصل مع صياغة المادة 4 من مدونة الحقوق العينية التي تنص على أن جميع التصرفات المتعلقة بإنشاء الحقوق العينية أو نقلها أو تعديلها

---

624 - أنظر: المادة 2 من قانون الأونستيرال بشأن التجارة الإلكترونية.

625 - يعد نظام التشفير من أهم وأنجع الوسائل التي تحافظ على سلامة الوثيقة الإلكترونية من التغيير والتحريف.
لمزيد من التفاصيل حول نظام التشفي، أنظر: نور الدين الرحالي، التطبيقات العملية الحديثة في قانون الاستهلاك، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الأولى، ص 54.

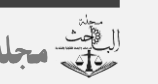
أو إسقاطها يجب أن تحرر بموجب محرر رسمي، أو بمحرر ثابت التاريخ يحرره محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض، فيلاحظ تناقض بين النص العام الوارد في قانون الالتزامات والعقود والنص الخاص الوارد في مدونة الحقوق العينية الأمر الذي يستلزم معه تدخلا تشريعيا، لأن النسق التشريعي يقتضي الحفاظ على انسجام النصوص القانونية وبنائها القانوني دون تعارض بين العام والخاص.

كما أن المحطات المؤسسة للمغرب الرقمي التي تروم تنمية المنظومة التشريعية والمؤسساتية الرقمية[626] بما تضمنه من تبسيط العمليات والمساطر، وتسهيل التفاعلات الإلكترونية، ورقمنة الإجراءات الإدارية وإزالة الطابع المادي عليها، بهدف تحسين علاقة الإدارة بالمواطن باعتباره أحد أهم مداخل إصلاح الإدارة، خاصة في ظل الورش المفتوح لمراجعة مدونة الأسرة التي يتم مراجعتها وفق منهجية تشاركية وتشاورية مع مختلف القطاعات الحكومية المعنية وهيئات المجتمع المدني المهتمة بالموضوع، تنفيذا للتعليمات الملكية السامية الرامية إلى تعديل بعض مقتضياتها تقتضي إزالة الطابع المادي عن بعض أحكام مدونة الأسرة وإلغاء الاستثناء المنصوص عليه في الفقرة الأخيرة من الفصل 2.1 المذكور أعلاه[627].

وإذا كانت الحماية القانونية للمعطيات الإلكترونية بصفة عامة، جاءت من أجل المواكبة القانونية للتطور الرقمي في أبعاده التقنية والتجارية والاقتصادية وتعزيز أمن نظم المعلومات وخلق بيئة تشريعية تؤطر التحول الرقمي، وتبعث روح الثقة في نفوس الأشخاص، حيث كان لزاما أن تكون القوانين مواكبة للتطور التكنولوجي لتضييق الفجوة ما أمكن بين النصوص القانونية والمعاملات الإلكترونية، والحماية القانونية لا تقتصر على الشق المدني فحسب، بل تتعداه إلى الشق الجنائي.

626 - شهد المغرب مجموعة من المحطات المؤسسة للمغرب الرقمي: كاستراتيجية المغرب الإلكتروني 2010/2005، واستراتيجية المغرب الرقمي2013، والمغرب الرقمي 2020، ومذكرة التوجهات العامة للتنمية الرقمية بالمغرب في أفق 2025، والنموذج التنموي الجديد الداعي إلى تسريع التحول الرقمي وتأهيل البنيات التحتية الرقمية، واستراتيجية المغرب الرقمي 2030، الأمر الذي دفع المشرع المغربي إلى سن مجموعة من القوانين: كالقانون رقم 43.20 المتعلق بخدمات الثقة بشأن المعاملات الإلكترونية؛ والقانون رقم 09.08 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي؛ والقانون رقم 88.17 المتعلق بإحداث المقاولات بطريقة إلكترونية، ومواكبتها؛ والقانون رقم 73.17 القاضي بنسخ وتعويض الكتاب الخامس من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، فيما يخص مساطر صعوبات المقاولة الذي نص على إمكانية القيام بالإجراءات المذكورة بشكل إلكتروني؛ والقانون رقم 55.19 المتعلق بتبسيط المساطر والإجراءات الإدارية؛ والقانون رقم 36.21 المتعلق بالحالة المدنية.

627- تعمل وزارة العدل حاليا على إعداد مشروع قانون رقم 65.23 يقضي بتغيير الفصل 2.1 من ظهير الالتزامات والعقود أحيل إلى الأمانة العامة للحكومة، والذي يرمي إلى حذف الاستثناء الوارد فيه بخصوص أحكام مدونة الأسرة، لأن هذا الاستثناء يتعارض مع استراتيجية الوزارة بخصوص التحديث الرقمي ورقمنة إجراءات ومساطر التقاضي وإحداث المنصات الإلكترونية الرسمية المعدة من طرفها.



ونظرا لأهمية التدخل الجنائي في مجال تبادل المعطيات الإلكترونية، ودور ذلك في تكريس الثقة في التعامل بواسطة التكنولوجية الحديثة، والإقبال على إنجاز المعاملات التي أضحت قابلة للتوقيع والتشفير والمصادقة الإلكترونية، من لدن أجهزة حددت صلاحياتها وشروط اعتمادها بدقة، تدخل المشرع المغربي من خلال القانون رقم 53.05، لتحديد الأفعال المخالفة لهذا الأخير، وعقوبتها من جهة، وكذا التدابير الوقائية، ورصد ومعاينة هذه المخالفات من جهة ثانية.

إن ما شجع المشرع المغربي على مواكبة مستجدات العصر هو قانون التجارة الدولية الذي دعا الحكومات والمنظمات الدولية للتحرك السريع لضمان الأمن القانوني فيما يتعلق بمنح العقود المبرمة بوسائل الاتصال الإلكترونية حجية الإثبات، وقبول القضاء لوسائل الإثبات الرقمية مع اعتبار كل إخبار أنشئ أو استقبل أو سجل أو أرسل بجميع الوسائل الإلكترونية والبصرية، وكافة الوسائل الأخرى له حجية الكتابة على سند ورقي.

المحور الثالث: <u>الإثبات بالوسائل الإلكترونية في العمل القضائي</u>

إذا كان القضاء كان ولازال الملاذ الآمن للأفراد في حماية حقوقهم في حالة النزاعات الناشئة بينهم، وإذا كان القاضي يستند في حيثيات أحكامه على الإثباتات والدلائل التي كونت قناعه في بناء قراره، فإن بنية هذه الإثباتات اختلفت وتطورت بتطور العصر وأصبح للدليل الإلكتروني مكانة وحجية ضمن القرارات القضائية، وأمام الاعتراف القانوني بالإثبات الإلكتروني أصبح دور القاضي ينحصر في التحقق من مدى مشروعية الدليل الإلكتروني ومدى التزامه بالمبادئ العامة للإثبات وقوته الثبوتية، ولإعطاء نظرة عن كيفية تعامل القضاء مع هذا النوع من الدلائل نستعرض بعض الاجتهادات القضائية في الموضوع:

اعتبرت محكمة النقض في قرارها عدد 490 الصادر بتاريخ 12 أبريل 2022 في الملف الاجتماعي عدد 2021/1/5/53: "لئن كان الفصل 417-1 من قانون الالتزامات والعقود قد أعطى للوثيقة المحررة على دعامة إلكترونية نفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المحررة على الورق، ويتم قبولها في الإثبات شريطة أن يكون بالإمكان التعرف بصفة قانونية على الشخص الذي صدرت عنه وأن تكون معدة ومحفوظة وفق شروط من شأنها ضمان تماميتها، وفي ظل نفي الأجير تقديمه لأي طلب استقالة أو إرساله عبر بريده الإلكتروني إلى البريد الإلكتروني لمديرة الشركة الطالبة، فإن الشروط التي يقتضيها الفصل 417-1 من قانون الالتزامات والعقود لتكون

الاستقالة المقدمة بواسطة الدعامة الإلكترونية لها نفس القوة الثبوتية للوثيقة المحررة على الورق غير متوفرة في نازلة الحال، هذا إضافة إلى كون الاستقالة لا تتوفر على الشروط المطلوبة في المادة 34 من مدونة الشغل وذلك بتصحيح إمضائها من لدن الجهات المختصة حسبما ثبت لمحكمة الموضوع، لتكون بذلك الاستقالة عديمة الأثر القانوني، وبعجز الطاعنة عن إثبات مغادرة الأجير لعمله طبقا للمادة 63 من مدونة الشغل يبقى الفصل الذي تعرض له الأجير مشوبا بالتعسف يستحق عنه التعويض".

كما أكدت محكمة النقض في قرارها عدد 147 الصادر بتاريخ 29 يناير 2019 في الملف الاجتماعي عدد 2018/1/5/858: "إذا كانت الوثيقة المحررة على دعامة إلكترونية، تتمتع بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المحررة على ورق، فإن ذلك مشروط بأن تكون الوثيقة مذيلة بتوقيع إلكتروني مؤمن ومختومة زمنيا، وفقا للشروط المنصوص عليها بالفصلين 417-2 و417-3 من قانون الالتزامات والعقود، وهما شرطين غير متوفرين في الوثيقة المحتج بها. والمحكمة لما ثبت لها أن المطلوبة اختارت توجيه رسالة إلكترونية إلى الطالب من أجل دعوته إلى الالتحاق بالشغل، التي لا دليل على توصله بها في تاريخها، فإنها حين اعتمدت تصريح المطلوبة، واستبعدت تصريحات الطالب، رغم أن المطلوبة هي المكلفة بإثبات المغادرة التلقائية للشغل، تكون قد بنت قرارها على أساس غير سليم".

وذهبت محكمة النقض في قرارها عدد 521 الصادر بتاريخ 9 ماي 2017 في الملف الاجتماعي عدد 2016/1/5/2390: "من المقرر أن الوسائل الالكترونية تعتبر وسيلة إثبات أمام القضاء ما لم يثبت عكسها. والمحكمة لما ردت تسجيلات الصوت والصورة المدلى بها من طرف المشغلة، واعتبرت أن الفصل الذي تعرضت له الأجيرة متسما بالتعسف تستحق عنه التعويض، بعلة أن الأجيرة أثبتت بواسطة محضر معاينة أنها رجعت إلى العمل ومنعت من طرف المشغلة، وأن التسجيل المتعلق بالموافقة على الرجوع إلى العمل شريطة الاعتذار، يعد امتناعا من إرجاع الأجيرة إلى العمل لكونه مقيد بشرط الاعتذار، وأن الإنذارات الموجهة إلى الأجيرة كانت بعد تاريخ منعها من الرجوع إلى العمل، تكون قد عللت قرارها تعليلا كافيا".

وفي قرار آخر صادر عن محكمة النقض عدد 1687 بتاريخ 26 دجنبر 2013 في الملف الاجتماعي عدد 2012/2/5/1628 اعتبرت أن: "التعبير عن الإيجاب من خلال شبكة عالمية للاتصالات عن بعد وقبول التعبير عنه بوسيلة إلكترونية له أثر يلزم طرفي العقد، فمطالبة الأجير

بالعمولة المحددة بالعقد الإلكتروني دليل على قبوله ما دام العقد الإلكتروني لا يعدو أ ن يكون عقدا عاديا لا يختلف عنه إلا في الطريقة التي انعقد بها عبروسائل الاتصال الحديثة".

كما أكدت محكمة النقض في قرارها عدد 83 الصادر بتاريخ 8 فبراير 2023 في الملف التجاري عدد 2021/1/3/1717 أن: "للمحكمة سلطة اعتماد رسالة إلكترونية في إثبات القيام بالمهام المتفق عليها في العقد، واعتبارها حجة في الإثبات طبقا للفصل 417-1 من ق.ل.ع، طالما أنها لم تكن محل منازعة من الطرف الصادرة عنه، ... كما أن وسائل الإثبات المستند عليها لا سيما الرسالة الإلكترونية تكون معه المعاملة موضوع الفاتورة المستدل بها ثابتة".

و انطلاقا من الاجتهادات القضائية سالفة الذكريتبين أن القضاء لم يخرج عن النهج الذي سطرته المقتضيات القانونية التي جاء بها المشرع المغربي في القوانين المؤطرة لمجال المعاملات الإلكترونية، وأصبح بذلك مواكبا للتطورات التي طالت المعاملات بين الأفراد الذين اتجه جلهم إلى تغليب التعامل الإلكتروني على حساب التعامل التقليدي.

لائحة المراجع:

خالد محمود إبراهيم، الجرائم المعلوماتية، مطبعة دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، الطبعة الأولى 2009.

حسين بن محمد المهدي، القوة الثبوتية للمعاملات الإلكترونية، مجلة البحوث القضائية، إصدار المكتب الفني بالمحكمة العليا للجمهورية اليمنية، العدد7، 2007 .

عبد الحكيم زروق، التظيم القانوني للمغرب الرقمي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى2013.

علي حسن الطواليه، مشروعية الدليل الإلكتروني المستمد من التفتيش، مركز الإعلام الأمني، 2009.

محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، دار النهضة العربية، سنة 2002.

نور الدين الرحالي، التطبيقات العملية الحديثة في قانون الاستهلاك، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الأولى.

القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، فيما يخص مساطر صعوبات المقاولة الذي نص على إمكانية القيام بالإجراءات المذكورة بشكل إلكتروني؛ والقانون رقم 55.19 المتعلق بتبسيط المساطر والإجراءات الإدارية؛ والقانون رقم 36.21 المتعلق بالحالة المدنية.

الدكتور الحسين الزباخ
حاصل على شهادة الدكتوراه في الحقوق
مؤهل لمزاولة مهنة المحاماة

النموذج المغربي لمحاربة الإرهاب والتطرف بين المقاربة الأمنية والحقوقية

The Moroccan model of fighting terrorism and extremism between the security and human rights approach

مقدمة:

رغم ما يتميز به المغرب من تاريخ عريق في مملكته بفعل وجود دولة قوية وموحدة طورت كفاءة وفعالية أجهزتها الأمنية والعسكرية خاصة في السنوات الأخيرة، ما ساعدها على مواجهة التحديات والمخاطر التي تواجهها وتهدد استقرارها المحسودة عليه، بالإضافة لاختصاص المغرب بنموذج تدين مجتمعي يميل إلى الاعتدال والانفتاح والتسامح ونبذ العنف والتطرف بشكل عام جعل منه مقياسا يحتذى به، فإنه بالمقابل كان للتفجيرات الإرهابية التي هزت الدار البيضاء بالمغرب يوم 16 ماي 2003، الوقع الأليم والأثر الكبير في نفوس المغاربة الذين استنكروا هذا الفعل الدموي الشنيع والدخيل على قيمنا وديننا، وكشف عن وجود فراغ يستثمر خارج الشرعية والوطنية لبناء الأوهام والتغرير بشباب يائس من أجل تحقيق أحلام زائفة في ثوب إجرامي مقيت، كما كانت هذه الهجمات الغادرة سببا ليقظة الدولة من أجل تحصين المجتمع من أسباب الإرهاب وتجفيف منابعه، بالإضافة للقيام بمراجعات على عدة مستويات من أجل التفكير باستراتيجية جديدة للتعامل مع هذا الوضع المستجد لمواجهة التطرف والتهديد الإرهابي، تهم إعادة تدبير الحقل الأمني والديني وتفعيل نموذج تنموي جديد للنهوض بأوضاع المجتمع.

وعليه أضحى موضوع الإرهاب والتطرف من المواضيع التي تمس آنيا ومستقبليا مسألة الأمن والاستقرار لكل الدول، والذي يعتبر محورا أساسيا في سياستها العمومية الساعية لحماية أمنها القومي من التحديات والتهديديات الداخلية والخارجية، إضافة للحفاظ على مكتسباتها

TEL + 212 771394949 www.allbahit.com Majalatlbahit2017@gmail.com

ومصالحها الاستراتيجية على عدة مستويات سياسية و اقتصادية واجتماعية...، الشيء الذي جعل البعض يذهب لاعتبار "الإرهاب لا يمثل التهديد الناتج عن انتهاء الحرب الباردة بقدر ما أصبح يمثل الظواهر التي تواكب همجية العولمة، أي أن استغلال التكنولوجية وتنقل الأموال والأشخاص سمح لهذا النشاط الإجرامي يتحول من سلاح الضعفاء إلى سلاح الأقوياء، وبذلك يسمح باستمرار الحرب بطريقة أخرى بأخذ مكان النزاعات الموجودة بين الدول"، [628] مما جعل من الإرهاب ظاهرة كونية عالمية لا حدود له ولا يختص بجماعة معينة.

إضافة إلى أن مسألة التعامل مع الفكر التكفيري ومحاربة التطرف العنيف وكذا إحباط العمليات الإرهابية واعتقال منفذيها، يحكمها الأخذ بمقاربتين يصعب الجمع بينهما إلى حد كبير وهما المقاربة الأمنية والمقاربة الحقوقية، والمغرب نموذج ناجح ويحتذى به في هذا الشأن، بل نال التنويه والإعجاب والتقدير من العديد من الأطراف الدولية التي سعت للتقرب منه واستلهام تجربته الفريدة، وهذا النجاح لم يتأتى اعتباطيا بل عبر سيرورة من المنجزات والنجاحات التي يقودها عاهل البلاد الملك محمد السادس نصره الله بتوجيهاته السديدة والحكيمة، حفظت للمغرب مكانته الجيوسياسية وهيبته الأمنية ومكاسبه الحقوقية، ولا أدل على ذلك ما أورده في خطابه السامي لشعبه الوفي في 29 ماي 2003 إثر الاعتداءات الإرهابية التي ضربت الدار البيضاء في 16 ماي من نفس السنة والتي كانت صدمت أدت لتحول مفصلي في التعامل مع التهديدات الإرهابية، حيث مما جاء فيه: "أقول إن الإرهاب لن ينال منا وسيظل المغرب وفيا لالتزاماته الدولية مواصلا بقيادتنا مسيرة إنجاز مشروعنا المجتمعي الديمقراطي الحداثي...، لكسب معركتنا الحقيقية ضد التخلف والجهل والانغلاق، وهذا ضمن استراتيجيتنا الشمولية المتكاملة الأبعاد بما فيها الجانب السياسي والمؤسسي والأمني المتسم بالفعالية والحزم في إطار الديمقراطية وسيادة القانون، والجانب الاقتصادي والاجتماعي الذي يتوخى تحرير المبادرات وتعبئة كل الطاقات لخدمة التنمية والتضامن، والجانب الديني والتربوي والثقافي والإعلامي لتكوين وتربية المواطن على فضائل الانفتاح والحداثة والعقلانية والجد في العمل والاستقامة والاعتدال والتسامح". وبتالي تجسدت هذه الرؤية الملكية الحكيمة على أرض الو اقع من خلال عمل جميع المتدخلين وتضافر جهودهم في مجال محاربة ظاهرة الإرهاب والوقاية منه سواء كانت جهات حكومية أو مجتمعا مدنيا وغيرهما، الشيء الذي مكن المغرب من الانخراط مبكرا

[628] Nathalie Cettina. « Terrorisme.l'histoire de sa mondialisation ». France. Edition l'harmattan. 2001.p50.



في مواجهة هذا الإرهاب وما يرتبط به من تكفير وتطرف وغلو في الدين بمختلف أشكاله وأنواعه،[629] من خلال سياسة عامة منفتحة ومندمجة يتداخل فيها الأمني بالحقوقي بالديني، كان لها انعكاس إيجابي على الجوانب الاجتماعية والاقتصادية للمجتمع المغربي، وحققت له نجاحات مقدرة مواكبة للتحديات الإقليمية والدولية ومكاسب سياسية جعلت منه أنموذجا رائدا في مواجهة التطرف والإرهاب، بناء على الأخذ بالمقاربتين الأمنية والحقوقية وهذا ما سنفصلهما فيما يلي:

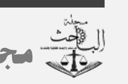
المحور الأول: المقاربة الأمنية في محاربة الإرهاب والتطرف

الأمن في مفهومه العام هو المحافظة على النظام العام من أي تهديد داخلي أو خارجي بفعل حركة مسلحة أو مجموعة أفراد، ولحماية هذا المكسب فإن الدول يجب عليها توفير الوسائل الكفيلة بذلك واتخاذ التدابير اللازمة، على أن تكون هذه التدابير فعالة وشاملة أي ذات بعد إقليمي ودولي لملاحقة الإرهابيين وتقديمهم إلى العدالة، لأن مواجهة الجريمة الإرهابية تتطلب معاملتها بصفة خاصة نظرا لخطورتها ونتائجها المدمرة وحركيتها السريعة محليا وإقليميا ودوليا، وحتى يتحقق ذلك وفق تصور مثالي يجب في مرحلة أولى وضع آليات قانونية لتنظيم المهام وتنسيق العمل الميداني بين مختلف الأجهزة المكلفة بمكافحة الإرهاب داخليا، ثم التهيؤ لمرحلة ثانية لحمل الدول للموافقة على أرضية قانونية لتعزيز التعاون بين مختلف الأجهزة الأمنية والاستخباراتية، ودول المغرب العربي المؤسس اتحادهم بمراكش في عام 1989 هي الأولى بتنفيذ هذا التعاون لمحاربة الإرهاب، نظرا لما تجمعهم من روابط تاريخية وجغرافية ومصالح استراتيجية.[630] وفي هذا السياق عمل المغرب على تطوير استراتيجيته الأمنية لمحاربة الإرهاب والتطرف بشكل متميز وعلى مستوى عالي، إذ لم يكتف بمواكبة الفعل الإجرامي فقط بل نوع أساليبه لمواجهته معتمدا على استراتيجية استباقية مخابراتية ثم استراتيجية اختراقية

---

[629] تعريف الغلو عند العلامة الطاهر بن عاشور بأنه: "الغلو في الغالب يبتكره قادة الناس ذوو النفوس الطامحة إلى السيادة أو القيادة، بحسن نية أو بضدها إفراطا في الأمور، وذلك بداعي التظاهر بالمقدرة وحب الإغراب لإبهات نفوس الأتباع لديهم وتحبيب الانقياد، أو حب الإكثار والزيادة والتفريع في الأمور المستحسنة لديهم، فإن النهم في المحبوب من نزاعات النفوس". أنظر كتابه: أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، طبعة 1980، الشركة التونسية للنشر والتوزيع، ص:23. + وفي تعريف للإرهاب في منشورات حلف الناتو العسكرية بأنه: "الاستخدام او التهديد غير المشروع باستخدام القوة أو العنف الذي يغرس الخوف والإرهاب ضد الأفراد أو الممتلكات في محاولة لإكراه أو تخويف الحكومات أو المجتمعات، أو إحكام السيطرة على السكان، لتحقيق اهداف سياسية أو دينية أو إيديولوجية". + وفي تعريف للتطرف ذكر أنه: "اتخاذ الفرد موقفا متشددا يتسم بالقطيعة في استجاباته للمواقف الاجتماعية التي تهمه والموجودة في بيئته التي يعيش فيها هنا والآن، وقد يكون التطرف إيجابيا في القبول التام، أو سلبيا في اتجاه الرفض التام، ويقع حد الاعتدال في منتصف المسافة بينهما". للمزيد راجع: الحسن حما، دراسة حول "استراتيجية المغرب في مواجهة التطرف والإرهاب دراسة سوسيو-تاريخية"، منشورات مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية، بتاريخ يوليوز 2016، ص:3.

[630] للمزيد راجع: جمال بوازدية، الاستراتيجية المغاربية لمكافحة الإرهاب، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في قسم الدراسات الدولية، بكلية العلوم السياسية والعلاقة الدولية، الجزائر، السنة الجامعية 2013/20112، ص:132.



هجومية، إضافة لاستخدام آليات ومعدات متطورة مكنت المغرب من تحقيق نجاح في تفكيك الخلايا الإرهابية وكشف ذئابها المنفردة، وجعلت خبرته محل إشادة وطلب من لدن العديد من الدول الأوربية والصديقة التي وضعت في دائرة الاستهداف مما مكنهم من تفادي العديد من الهجمات الإرهابية. وعليه عمل المغرب على تنفيذ استراتيجية مهمة لمحاربة الإرهاب والتطرف تهم المقاربة الأمنية من خلال الاهتمام بالجانب القانوني وتقوية الأمن الداخلي في تدبير الإدارة والسياسة العامة والشؤون المجتمعية، إضافة لتعزيز التعاون الدولي والشراكات الخارجية في مجال الأمن والاستخبارات وتبادل المعلومات، وذلك عبر مستويين الداخلي والخارجي:

❖ أولا: على المستوى الداخلي

- التنصيص في الدستور المغربي الجديد لسنة 2011 ضمن الفصل 54 على إحداث مجلس للأمن بصفته هيئة للتشاور بشأن استراتيجية الأمن الداخلي والخارجي للبلاد، وتدبير حالة الأزمات والسهر أيضا على مأسسة ضوابط الحكامة الأمنية الجيدة.[631]

- إصدار قانون 03.03 بتاريخ 28 ماي 2003 المتعلق بمكافحة الإرهاب والذي يعد قانونا استباقيا وتفصيليا لتجريم الإرهاب والعقاب عليه، عقب وقوع التفجيرات الدموية بالدار البيضاء كدليل على حسن مواكبة المشرع المغربي للأحداث المجتمعية والمتطلبات القانونية الطارئة، ورغم أنه لم يذكر ضمن هذا القانون تعريفا للجريمة الإرهابية، إلا أنه عدد الأفعال المعتبرة في حكم القانون إرهابية وحدد أركانها التي تقوم عليها وكذا العقوبات المتنوعة الموازية لاقترافها كبعض التشريعات المقارنة.[632]

---

[631] أنظر: ظهير شريف رقم 1.11.91 صادر في 27 شعبان 1432 (29 يوليوز 2011) بتنفيذ نص الدستور المغربي، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر الصادرة بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليوز 2011)، حيث جاء في فصله 54: "يحدث مجلس أعلى للأمن بصفته هيئة للتشاور بشأن استراتيجيات الأمن الداخلي والخارجي للبلاد، وتدبير الأزمات، والسهر أيضا على مأسسة ضوابط الحكامة الأمنية الجيدة. يرأس الملك هذا المجلس، وله أن يفوض لرئيس الحكومة صلاحية رئاسة اجتماع هذا المجلس على أساس جدول أعمال محدد...".

[632] للمزيد راجع: يوسف بن ناصر، الجريمة الإرهابية بالمغرب وآليات المكافحة القانونية، العدد 6، مطبعة دار القلم، طبعة 2004.
بخصوص بعض التشريعات المقارنة: نجد المشرع الفرنسي لم يفرد قانونا خاصا بمكافحة الإرهاب بل أورد نصا خاصا بمكافحته ضمن قانون العقوبات رقم 1020/86 الصادر في 9 شتنبر 1986، ولم يورد هذا القانون تعريفا للإرهاب لكن حدد مجموعة من الجرائم التي اعتبرها إرهابية إذا اتصلت بمشروع إجرامي فردي أو جماعي يهدف إلى الإخلال بالنظام العام بصورة خطيرة. بالمقابل نجد المشرع الجزائري بنص بالمادة 87 مكرر ضمن الأمر رقم 11/95 المتعلق بالجرائم الموصوفة أفعالا إرهابية وتخريبية والذي تم دمجه بقانون العقوبات، بأنه: "يعتبر فعلا إرهابيا أو تخريبيا في مفهوم هذا الأمر، كل فعل يستهدف أمن الدولة والوحدة الوطنية والسلامة الترابية واستقرار المؤسسات وسيرها العادي".

- إصدار قانون 14.86 بتاريخ 20 ماي 2015 معدل ومتمم للقانون 03.03، والذي يجرم الالتحاق ببؤر التوتر بشكل فردي أو جماعي في إطار منظم وغير منظم بالتنظيمات الإرهابية.

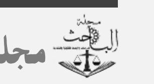
- إصدار قانون 12.18 في مارس 2013 متعلق بمكافحة وتمويل الإرهاب، نص على فرض عقوبات سجنية وغرامات على المتورطين في تبيض الأموال وتمويل الأعمال الإرهابية، مما أهل المغرب لاحتلال تصنيف "أساسي" دوليا بفعل جهوده في هذا الشأن.

- إصدار الدورية رقم 48 بتاريخ 14 نونبر 2019 والدورية رقم 14 بتاريخ 30 أبريل 2021، عن رئاسة النيابة العامة دعت فيهما إلى العمل على تفعيل المقتضيات الموضوعية والإجرائية ذات الصلة بمكافحة جرائم غسيل الأموال وتمويل الإرهاب، مع إجراء الأبحاث المالية الموازية والاستفادة من تحليلات الهيأة الوطنية للمعلومات المالية وكذا تفعيل إجراءات الحجز والتجميد، وكل هذا في سياق المساهمة الفعالة للسلطة القضائية ولجهاز النيابة العامة المغربية في الجهود الدولية لمكافحة الإرهاب، وتتويجا للمشاركة في مسار تقييم المنظومة الوطنية لمكافحة غسيل الأموال وتمويل الإرهاب من قبل مجموعة العمل المالي لشمال إفريقيا والشرق الأوسط، بالإضافة للمساهمة في مجال التعاون القضائي الدولي وتفعيل إجراءاته من خلال تنفيذ الإنابات القضائية وطلبات تسليم المجرمين ومعالجة الشكايات الرسمية ذات الصلة بغسل الأموال، حيث أفادت المديرية العامة للأمن الوطني من خلال تقديم حصيلة عملها بتاريخ 22 يوليوز 2022 للصحافة والرأي العام، عن تعميم المكتب المركزي الوطني ل42 أمرا دوليا بإلقاء القبض تكللت بتوقيف 62 شخصا بالخارج كانوا يشكلون موضوع بحث من طرف السلطات القضائية المغربية، كما تم تنفيذ 26 إنابة قضائية دولية و1851 مذكرة بحث وطنية استجابة لأوامر دولية بإلقاء القبض الصادرة عن مكاتب إنتربول في الدول الأجنبية، كل هذا خلال النصف الأول من السنة الجارية 2022.

- تأسيس المكتب المركزي للأبحاث القضائية (البسيج) التابع للمديرية العامة لمراقبة التراب الوطني بتاريخ 20 مارس 2015، والذي له اختصاص وطني من حيث تحديد مجال اشتغاله بموجب المادة 108 من قانون المسطرة الجنائية، التي تنص على أنه ينظر ضمن مجال عمله في جرائم الإرهاب والعصابات الإجرامية والقتل والتسميم والمخدرات والمؤثرات العقلية، وكذا جرائم تزوير العملة وسندات القرض العام وما يهم حماية الصحة العامة

والأسلحة والذخيرة والمتفجرات والاختطاف واحتجاز الرهائن، كما تم تعديل المادة 20 من قانون المسطرة الجنائية بموجب قانون 35.11 بتاريخ 17 أكتوبر 2011 يقضي بمنح الصفة الضبطية لأطر المديرية العامة لمراقبة التراب الوطني، كما يشهد لعمل المكتب المركزي للأبحاث القضائية بتعاون مع باقي القطاعات الأمنية الأخرى بالنجاحات المتميزة في إحباط العديد من المحاولات الإرهابية وتفكيك العديد من الشبكات الإجرامية التي كانت تهدد أمن واستقرار البلاد، وحسب إحصائيات سابقة لمجموع عمليات المكتب المركزي إلى حدود سنة 2021،[633] والتي تعرف تطورا لأرقامها وزيادة في عملياتها بحسب التدخلات الأمنية الناجحة، فقد تم تفكيك وإحباط ما يزيد عن 84 خلية إرهابية، 8 منها خلية مسلحة و78 خلية لها علاقة بتنظيم داعش الإرهابي وذئابه المنفردة، حيث تم مؤخرا إيقاف أحد المتطرفين الموالين له بمدينة تطوان في 11 غشت 2022، سبقته عملية توقيف أمنية ناجحة لمتطرف بمدينة بركان في شهر ماي 2022 وقبلها تفكيك خلية إرهابية بمدينة وجدة بتاريخ 25 مارس 2021 بناء على تعاون استخباراتي مغربي وأمريكي، إضافة لتعاون أمني استخباراتي بين المغرب وإسبانيا أسفر مؤخرا بتاريخ 3 أكتوبر 2022 على تفكيك خلية إرهابية تنشط في كل من مدينتي الناظور ومليلية المحتلة، أما بخصوص عدد الموقوفين على ذمة قضايا الإرهاب والتطرف الذين تم تقديمهم للعدالة فقد بلغ ما يزيد عن 1347 شخص منهم 54 من ذوي السوابق القضائية في الإرهاب و14 امرأة و34 قاصر، إضافة لاعتقال نحو 270 شخصا ممن عادوا للمملكة بعد أن التحقوا بالتنظيمات الإرهابية ببؤر التوتر والصراع بكل من سوريا والعراق وليبيا، منهم 225 شخصا لهم سوابق في قضايا الإرهاب والتطرف. ونظرا للنجاحات الأمنية والاستخباراتية التي قام بها المكتب المركزي للأبحاث القضائية، فقد عرف مقره بالرباط زيارة لحوالي 20 سفير معتمد لدى المغرب من مختلف دول العالم بقيادة المؤسسة الديبلوماسية ورئيسها السيد عبد العاطي حابك، وذلك للتعرف على أنشطته المختلفة في محاربة الإرهاب والجريمة المنظمة وتعاونه الأمني مع باقي الشركاء الذين يعترفون ويشدون بها.

[633] ذكرت هذه الإحصاءات الرسمية لحصيلة عمل المكتب المركزي للأبحاث القضائية منذ تأسيسه 2015 إلى سنة 2021، بالندوة الصحفية التي عقدها رئيسه السيد حبوب الشرقاوي (الذي خلف الراحل المقتدر عبد الحق الخيام المتوفي في غشت 2022)، بالرباط بتاريخ 19 يوليوز 2021، إضافة لحوارات صحفية أجرها المسؤول الأمني مع عدة منابر صحفية في شهر دجنبر 2021 أورد من خلالها هذه المعطيات الإحصائية.
+ للمزيد أنظر ملف خاص حول الإرهاب والتطرف، ومعطيات حول عمل المكتب المركزي للأبحاث القضائية: جريدة المنعطف، العدد 5648 صادر بتاريخ 18 ماي 2022. + جريدة النهار المغربية، العدد 5461، صادر بتاريخ 18 ماي 2022.



- تأسيس معهد العلوم والأدلة الجنائية التابع للمعهد الملكي لتكوين وتدريب رجال الشرطة بالقنيطرة سنة 2019، ليعزز دور البحث والتحقيق الذي يقوم به معهد علوم الأدلة الجنائية بالرباط التابع لجهاز الدرك الملكي والمحدث سنة 1989، إضافة لتطوير عمل الفرقة الوطنية للشرطة القضائية ومختبراتها العلمية وتفعيل أدوارها وتدخلاتها الأمنية المتعددة.

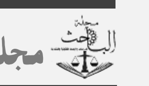
- اعتماد المغرب على إصدار البطاقة الوطنية الالكترونية بداية العام 2020، وسبقه إصدار جواز السفر البيومتري المنظم بمرسوم صادر في 23 أكتوبر 2008، للحد من خطر تزييف وتزوير هذه الوثائق الرسمية واستغلالها من طرف المنظمات الإرهابية، للتنقل عبر البلدان المستهدفة أو الدخول للمملكة بغرض لزعزعة أمنها واستقرارها كذئاب منفردة يتم اصطيادها باحترافية.

- تطبيق المغرب لمخطط أمني باسم "حذر" منذ شهر أكتوبر 2014 وتنزيل تنفيذه بداية في ستة مدن كبرى بربوع المملكة، مع نشر آليات وعناصر مختلطة أمنية وعسكرية ذوي الاحترافية في المواقع الاستراتيجية الحساسة والأماكن العامة، للمزيد من اليقظة والاستباقية عند التدخلات الأمنية العاجلة وحماية للمواطنين والزائرين الأجانب على حد سواء من أي تهديد أو مخاطر قد يتعرضون لها، الشيء الذي كان له التفاعل الإيجابي والأثر الكبير لدى الساكنة وأشاع المزيد من الطمأنينة والثقة في الأجهزة الأمنية داخل المجتمع، خاصة تلك المتخصصة في مكافحة الإرهاب كإحدى أهم العناصر في المعادلة الأمنية لأنها تمثل من جهة حلقة وصل بين مختلف الهيئات التشريعية والقضائية للوصول إلى التطبيق السليم للإجراءات المنصوص عليها في القوانين والاتفاقيات، ومن جهة ثانية تمثل الدرع الواقي للدولة للتصدي للتهديدات الداخلية والتحديات الخارجية، خاصة وأن خطر الإرهاب أضحى له تأثير على السلم والأمن العام وأن مكافحته مهمة الجميع، وبتالي فالتصور الذي تنطلق منه الدولة لرسم استراتيجيتها يجب أن يكون أساسه وحدة الفكر، الضروري لمحاربة الإرهاب جماعيا دون إقصاء أحد في موقف واحد يضفي الشرعية على القرار السياسي ويدعمه[634]، وهذا ما يتميز به المغرب من وحدة الصف قيادة وشعبا من أجل نبذ الإرهاب والتطرف ومحاربته.

[634] أنظر: محمد مؤنس، تحديث أجهزة مكافحة الإرهاب وتطوير أساليبها، منشورات مركز الدراسات والأبحاث بجامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، طبعة 2006، العدد 407، ص:226.

- النجاح العسكري المهم الذي حققه المغرب بتأمينه لمعبر الكركرات بتاريخ 13 نونبر 2020، مما مكن من دحر ميليشيات ما تسمى بالبوليزاريو وخيبة أملهم في أن يكون لهم قدم وجود بقرب حدود الصحراء المغربية، خاصة بعد كشف مخططاتهم التخريبية ومحاولة زعزعتهم للوضع الأمني بالطريق التجاري جنوب الصحراء عبر الحدود الموريتانية المغربية، الشيء الذي يهدد حرية التنقل وأمن و اقتصاد دول الساحل والصحراء ومبادلاتهم التجارية مع الاتحاد الأوربي، كما كشف الوجه الإرهابي لهذه الميليشيا في تحركاتها المشبوهة لضرب أمن واستقرار المنطقة ككل، إذ ثبت التحاق حوالي 100 عنصر من ميليشيا البوليزاريو بالتنظيمات الإرهابية لاسيما تنظيم القاعدة في بلاد المغرب الإسلامي، ونتيجة لذلك استفاد المغرب من هذه الورقة الرابحة واستمر في انتزع اعتراف بمغربية الصحراء والإشادة بحل الحكم الذاتي الواقعي وذو المصداقية في حل النزاع المفتعل، من بلدان لها وزنها على المستوى الدولي كالولايات المتحدة الأمريكية باعتبار الرئيس الأمريكي السابق دونالد ترامب في دجنبر 2020 أن الصحراء الغربية جزء من وحدة السيادة وجغرافية الخريطة للمملكة المغربية، وكذا مستجد موقف الحكومة الإسبانية من مبادرة الحكم الذاتي في الصحراء المغربية، الذي اعتبرته في البيان الإسباني المغربي الصادر في 7 أبريل 2022 بأنه الأساس الأكثر جدية وواقعية ومصداقية لحل النزاع، مع تبني نفس الموقف بالنسبة للحكومة الألمانية وكذا الهولندية التي أعلنت أن مبادرة الحكم الذاتي التي قدمها المغرب في سنة 2007 مساهمة جادة وذات مصداقية في العملية السياسية التي ترعاها الأمم المتحدة لإيجاد حل لقضية الصحراء، الشيء الذي توج في 9 يوليوز 2021 بتوقيع خطة عمل مشتركة بين البلدين، من أجل تعزيز التعاون لتعزيز العمل الثنائي على مستوى مجالات عديدة منها الهجرة والأمن في إطار احترام السيادة والمصالح المشتركة بينهما، إضافة لتأييد عربي و إفريقي واسع كدول مجلس التعاون الخليجي ودولة كينيا حيث أكد الرئيس وليام روتو في حسابه الرسمي بتاريخ 14 شتنبر 2022 أن بلاده ستشرع في خطوات إنهاء وجود الكيان الوهمي في البلاد، مما يبرهن على مكانة المغرب في الديبلوماسية الخارجية وفي الخبرة العسكرية والقوة الأمنية والاستخباراتية التي يسعى الكل للتنسيق معه، وهذا ما أكده الخطاب الملكي السامي بمناسبة ذكرى ثورة الملك والشعب في 20 غشت 2022،[635] بالتأكيد على تحقيق

[635] جاء في الخطاب الملكي السامي بمناسبة ذكرى ثورة الملك والشعب في 20 غشت 2022: "لقد تمكنا خلال السنوات الأخيرة، من تحقيق إنجازات كبيرة على الصعيدين الإقليمي والدولي، لصالح الموقف العادل والشرعي للمملكة بخصوص مغربية الصحراء، وهكذا عبرت العديد من الدول الوازنة عن دعمها وتقديرها الإيجابي لمبادرة الحكم الذاتي، في احترام لسيادة المغرب الكاملة على أراضيه كإطار



إنجازات كبيرة على الصعيدين الإقليمي والدولي لصالح الموقف العادل والشرعي للمملكة بخصوص مغربية الصحراء، تجسد في قرار الدعم من الإدارة الأمريكية والإسبانية مع قيام حوالي 30 دولة بفتح قنصليات في الأقاليم الجنوبية...

❖ ثانيا: على المستوى الخارجي

- المغرب موقع ومصادق على المواثيق الدولية والاتفاقيات القانونية والمعاهدات الأممية التي تصب في اتجاه محاربة الإرهاب والتطرف، ومكافحة الجرائم المنظمة العابرة للحدود عبر التنسيق مع مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجرائم الدولية، تحقيقا للأمن والسلم العالمي الذي صادقت الجمعية العامة للأمم المتحدة على اعتباريوم 16 ماي من كل سنة ليكون يوما عالميا للعيش بسلام. أما بخصوص الصكوك القانونية الدولية المتعلقة بالإرهاب فمنذ عام 1963 وضع المجتمع الدولي 19 صكا قانونيا دوليا لمنع الأعمال الإرهابية، ووُضعت تلك الصكوك تحت رعاية الأمم المتحدة والوكالة الدولية للطاقة الذرية وهي مفتوحة لمشاركة جميع الدول الأعضاء، ومنها الصكوك المتعلقة بالطيران المدني كاتفاقية عام 2010 لمنع الأعمال غير المشروعة المتعلقة بالطيران المدني الدولي، وصك بشأن أخذ الرهائن تؤطره الاتفاقية الدولية لمناهضة أخذ الرهائن لعام 1979، ثم صك بشأن التفجيرات الإرهابية متعلق بالاتفاقية الدولية لعام 1997 لقمع الهجمات الإرهابية بالقنابل، وكذا صك بشأن تمويل الإرهاب تحكمه الاتفاقية الدولية لعام 1999 لمنع تمويل الإرهاب، بالإضافة للصك المتعلق بالإرهاب النووي الذي تنص عليه الاتفاقية الدولية لعام 2005 لقمع أعمال الإرهاب النووي. أما بخصوص استراتيجية الأمم المتحدة العالمية لمكافحة الإرهاب،[636] فقد اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتوافق الآراء والأعضاء

وحيد لحل هذا النزاع الإقليمي المفتعل، فقد شكل الموقف الثابت للولايات المتحدة الأمريكية حافزا حقيقيا لا يتغير بتغير الإدارات ولا يتأثر بالظرفيات، كما نثمن الموقف الواضح والمسؤول لجارتنا إسبانيا التي تعرف جيدا أصل هذا النزاع وحقيقته، وقد أسس هذا الموقف الإيجابي لمرحلة جديدة من الشراكة المغربية الإسبانية لا تتأثر بالظروف الإقليمية ولا بالتطورات السياسية الداخلية، وإن الموقف البناء من مبادرة الحكم الذاتي لمجموعة من الدول الأوروبية منها ألمانيا وهولندا والبرتغال وصربيا وهنغاريا وقبرص ورومانيا، سيساهم في فتح صفحة جديدة في علاقات الثقة وتعزيز الشراكة النوعية مع هذه البلدان الصديقة، وبموازاة مع هذا الدعم قامت حوالي ثلاثين دولة بفتح قنصليات في الأقاليم الجنوبية تجسيدا لدعمها الصريح للوحدة الترابية للمملكة ولمغربية الصحراء، ولا يسعنا بهذه المناسبة إلا أن نجدد عبارات التقدير لإخواننا ملوك وأمراء ورؤساء الدول العربية الشقيقة وخاصة الأردن والبحرين والإمارات، وجيبوتي وجزر القمر، التي فتحت قنصليات بالعيون والداخلة، كما نشكر باقي الدول العربية التي أكدت باستمرار دعمها لمغربية الصحراء وفي مقدمتها دول مجلس التعاون الخليجي ومصر واليمن، ونود هنا أن نعبر أيضا عن اعتزازنا بمواقف أشقائنا الأفارقة، حيث قامت حوالي 40 في المئة من الدول الإفريقية تنتمي لخمس مجموعات جهوية بفتح قنصليات في العيون والداخلة. وتشمل هذه الدينامية أيضا دول أمريكا اللاتينية ومنطقة الكاريبي، حيث قامت العديد منها بفتح قنصليات في الصحراء المغربية، وقررت دول أخرى توسيع نطاق اختصاصها القنصلي ليشمل الأقاليم الجنوبية للمملكة".

[636] حسب دراسة قام بها بروس هوفمان خبير في المسائل الأمنية سنة 2000 بسيدني بأستراليا تحت عنوان: "حول استراتيجية مكافحة الإرهاب" (منشورات أممية)، شملت التجربة التي مرت بها إنجلترا وإيطاليا وألمانيا وروسيا في مكافحة الإرهاب، وتبين أن النتائج الإيجابية المحققة في مواجهة الظاهرة الإرهابية قوامها العناصر التي سبق وأن اقترحها لبكس سميث الخبير الأممي في مكافحة الإرهاب وهي:

بتاريخ 8 شتنبر 2006، وهي استراتيجية عالمية فريدة لتعزيز الجهود الوطنية والإقليمية والدولية لمكافحة الإرهاب يستعرض عملها كل عامين، مما يجعلها وثيقة حية تتوافق مع أولويات الدول الأعضاء في مكافحة الإرهاب، بالإضافة لوجود خطة العمل الأممية لمنع التطرف العنيف التي طرحها الأمين العام للأمم المتحدة في عام 2016، وشجعت الجمعية العامة الدول الأعضاء في قراريها A/RES/70/291 وA/RES/72/284 للاستعراض الخامس والسادس من فترة السنتين لاستراتيجية الأمم المتحدة العالمية لمكافحة الإرهاب، على النظر في تنفيذ التوصيات ذات الصلة الواردة في خطة العمل وتطوير خطط العمل الوطنية والإقليمية الخاصة بهم.

- انتخاب المغرب في 11 أكتوبر 2022 بنيويورك لثالث مرة ضمن الأعضاء 47 المشكلين لمجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة الذي يوجد مقره بجنيف للفترة 2025/2023، ومن الدور الأول بأغلبية ساحقة بـ 178 صوتا من أصل 193، وهذا دليل على ثقة المجتمع الدولي في المملكة المغربية وتأكيد لمصداقية الإصلاحات المؤسساتية والتشريعية التي تحمي الحريات وحقوق الإنسان.

- المغرب شريك استراتيجي حقيقي في مجال مكافحة الإرهاب والتطرف، بفضل مقاربته الشمولية والاستباقية الناجحة لإجهاض المخططات الإرهابية وتفكيك الخلايا النائمة ووأدها في مهمدها، مع تجفيف منابع تمويل الإرهاب داخليا وخارجيا، والنجاحات والإحصائيات شاهدة على ذلك بفضل المغرب في كشف الخلايا النائمة للإرهاب وإحباط العديد من هجماته المحتملة، من خلال تقديم المعلومات الاستخباراتية القيمة والدقيقة قوبل بالشكر والعرفان والاعتراف بالجميل من العديد من الدول الأوروبية. إضافة إلى أن المغرب منخرط دائما وبشكل مستمر منذ أحداث الهجمات الإرهابية بنيويورك في 11 شتنبر 2001، في التعاون الدولي الذي تقوده الولايات المتحدة الأمريكية لمواجهة الخطر الإرهابي وأكده التقرير الأمني الصادر عن وزارة خارجيتها بخصوص مواجهة التطرف والإرهاب،[637]

وضع مخطط وطني يشمل إنشاء هيئة قيادة لإدارة العمليات والتنسيق بين مختلف الأجهزة + اتخاذ إجراءات تشريعية من شأنها خلق الثقة لدى المواطن حتى يساهم في المواجهة + التنسيق بين مختلف أجهزة الأمن لحسن استغلال المعلومة + التنسيق بين الدول وأجهزتها الأمنية حتى يمنع تنقل الإرهاب وملاحقتهم.

[637] أشار تقرير أمني صادر عن وزارة الخارجية الأمريكية حول الإرهاب لسنتي 2012/2011، إلى مشروع المغرب في مواجهة التطرف كقطب استراتيجي ناجح ومتعاون مما يضمن الاستمرار في تعزيز المنظومة القانونية والأمنية لمحافحة الإرهاب والتطرف، وهو ما يعمل عليه المغرب بالتنسيق مع الشركاء الدوليين والإقليميين. للمزيد أنظر:
Country Reports on Terrorism 2011- Morocco United States Department of State.country Reports on Terrorism 2011-Morocco.31 July 2012.available at.

وكذا فعالية المملكة في التنسيق الأمني والاستخباراتي الناجح مع الدول الأوربية الصديقة كفرنسا وإسبانيا وبلجيكا لتفكيك الخلايا الإرهابية النائمة واصطياد ذئابها المنفردة، ولا أدل على دورونجاح المغرب كنموذج في ذلك هو تزويد فرنسا بمعلومات حول المدعو أباعوض الذي كان وراء تفجيرات 2015 مما مكن من كشف مكانه بمدينة ساندوني، الشيئ الذي يعزز هذه الشراكة ما قام به مؤخرا السيد عبد اللطيف حموشي المدير العام للأمن الوطني ولمراقبة التراب الوطني من زيارات وعقد لقاءات أمنية مع مسؤولي دول عربية وأوربية تريد الاستفادة من التجربة الأمنية الناجحة للمغرب في التصدي للإرهاب،[638] منها استقباله بتاريخ 19 شتنبر 2022 بالرباط لأفريل هاينز مديرة أجهزة الاستخبارات الوطنية بالولايات المتحدة الأمريكية، كما سبق وأن استقبال بتاريخ 15 شتنبر 2022 بالرباط لإسبيرانزا كاستيليرو لمازاريس كاتبة الدولة مديرة المركز الوطني للاستخبارات بالمملكة الإسبانية، وذلك في سياق دعم وتعزيز التعاون المغربي مع البلدان الحليفة والصديقة في مختلف المجالات الأمنية والاستخباراتية التي تحظى بالاهتمام المشترك، خصوصا في ظل تسارع التحديات المرتبطة بالوضع الإقليمي والجهوي، وكذا بسبب المخاطر المتعلقة بمكافحة الإرهاب والتطرف والجريمة السيبرانية ومختلف صور الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية والدولية.

- تحقيق المملكة المغربية خلال سنة 2022 المرتبة الـ32 من حيث السمعة الخارجية لدى بلدان مجموعة الدول السبع بالإضافة إلى روسيا، وذلك من بين 72 دولة جرى تقييمها من قبل المعهد الملكي للدراسات الاستراتيجية الذي لفت إلى أن المغرب ما زال يتمتع بصورة دولية إيجابية على العموم، وبرزت بشكل خاص في هذا التقييم خارجيا سمة "الأمن" التي تشكل جزءا من بعد جودة العيش باعتباره يشكل إحدى نقاط قوة سمعة المملكة بالخارج،

[638] من اللقاءات التي عقدها مؤخرا السيد عبد اللطيف حموشي المدير العام للأمن الوطني ولمراقبة التراب الوطني ما جرى مع نظيره من موريطانيا وأبوظبي، ثم استقباله بتاريخ 19 شتنبر 2022 بالرباط لأفريل هاينز مديرة أجهزة الاستخبارات الوطنية بالولايات المتحدة الأمريكية، في سياق تنزيل لمخرجات اللقاء الثنائي رفيع المستوى الذي سبق على هامش زيارة العمل التي أجريت بالولايات المتحدة الأمريكية خلال يومي 13 و14 يونيو 2022، وتمحورت مباحثات الجانبين حول تقييم الوضع الأمني على المستوى الإقليمي والجهوي ودراسة التهديدات والتحديات الناشئة عن هذا الوضع في بعض مناطق العالم، فضلا عن استعراض المخاطر التي تطرحها الارتباطات القائمة بين التنظيمات الإرهابية وشبكات الجريمة المنظمة، بما فيها الجريمة المعلوماتية وغيرها من صور الإجرام العابر للحدود الوطنية، كما تدارس آليات دعم وتطوير التعاون الثنائي المشترك بين أجهزة الأمن والاستخبارات في المملكة المغربية والولايات المتحدة الأمريكية، ليكون في مستوى التعاون الاستراتيجي القائم بين البلدين وأيضا في مستوى وحجم التحديات التي يفرضها السعي المشترك لإرساء الأمن والاستقرار على المستويين الإقليمي والدولي. كما سبق وأن استقبل المدير العام للأمن الوطني ولمراقبة التراب الوطني بتاريخ 15 شتنبر 2022 بالرباط، إسبيرانزا كاستيليرو لمازاريس كاتبة الدولة مديرة المركز الوطني للاستخبارات بالمملكة الإسبانية وذلك لدعم وتعزيز التعاون المغربي الإسباني في مختلف المجالات الأمنية التي تحظى بالاهتمام المشترك، ويترجم هذا اللقاء متانة وأهمية التعاون المغربي الإسباني في المجال الأمني والاستخباراتي، خصوصا في ظل تسارع التحديات المرتبطة بالوضع الإقليمي والجهوي، وكذا بسبب المخاطر المتعلقة بمكافحة الإرهاب والتطرف والجريمة السيبرانية ومختلف صور الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية.

أما بخصوص تصورات المغاربة عن بلدهم داخليا فقد عرفت تحسنا نظرا للنجاحات الدبلوماسية الملحوظة التي عززت الشعور بالافتخار الوطني لدى المغاربة، كما دعا التقرير المغرب من أجل تحسين السمعة الداخلية والخارجية للمملكة إلى الانخراط في الإصلاحات والأوراش الكبرى اقتصاديا واجتماعيا خاصة في المستوى التنموي.

- مشاركة المغرب في أعمال ندوة "إنتربول" الـ23 لتدريب أفراد الشرطة بتاريخ 26 شتنبر 2022، التي تنظمها المنظمة الدولية للشرطة الجنائية (إنتربول) وتستضيفها جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية بمدينة الرياض، تحت عنوان "تدريب أجهزة إنفاذ القانون في عالم ما بعد الجائحة"، بمشاركة 450 خبيرا ومختصا أمنيا وقانونيا من مختلف دول العالم، كما تعقد هذه الندوة مرة كل سنتين وتكون موجهة إلى الموظفين التنفيذيين في الأجهزة الوطنية والإقليمية والدولية المعنية ببناء مهارات وقدرات أفراد الشرطة، وتأتي استضافتها في مقر جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ضمن إطار الشراكة الاستراتيجية بين الجامعة ومنظمة إنتربول، للإسهام في مكافحة الجريمة والإرهاب وتحقيق الأمن الدولي من خلال تنفيذ مجموعة من البرامج العلمية والتدريبية والبحثية المشتركة.

- انعقاد بالمغرب لاجتماع وزاري للتحالف الدولي لهزيمة داعش بمراكش في 11 ماي 2022، بمشاركة 84 دولة على رأسها الولايات المتحدة الأمريكية ممثلة بوزير خارجيتها، لمواجهة الخطر الإرهابي عبر خطة متعددة الأطراف و إقرار نهج عصري لمواجهة التطرف والإرهاب، خاصة وأن حوالي 40 في المئة من هجمات داعش تستهدف القارة الإفريقية، كما عقد بموازاته ما بين 9 و11 ماي 2022 مؤتمر دولي من تنظيم المنتدى العالمي لمكافحة الإرهاب بحضور 30 عضو مشارك يضم 29 دولة إضافة للاتحاد الأوربي.

- نجاح المغرب في تنظيم التدريبات والمناورات العسكرية المسماة "الأسد الإفريقي"، كان آخر دوراته المنعقدة في يونيو 2022 في الصحراء المغربية، بمشاركة عدة دول لها وزنها الدولي والإقليمي في مقدمتهم الولايات المتحدة الأمريكية، حيث يجمعهم نفس الهاجس الأمني في محاربة التهديديات الإرهابية وكذا الثقة والمصالح العسكرية المشتركة.

- انعقاد أشغال الدورة الـ12 للاجتماع الوزاري للمنتدى العالمي لمكافحة الإرهاب المنعقد بنيويورك الأمريكية بتاريخ 21 شتنبر 2022، برئاسة وزير الشؤون الخارجية والتعاون الإفريقي

والمغاربة المقيمين بالخارج ناصر بوريطة بشكل مشترك مع نظيرته الكندية ميلاني جولي، حيث تم التأكيد على أن تطور مجال الأمن الدولي لا يجب أن يؤدي إلى إغفال المسؤولية المشتركة في مجال مكافحة الإرهاب، وبخصوص التقدم الذي حققه المنتدى تحت الرئاسة المغربية الكندية تم إبراز الجهود المبذولة من أجل الحفاظ على الطابع غير السياسي والتو افقي للمنتدى الذي أضحى ينهج مقاربة عملية لتعزيز الجهود الدولية لمكافحة الإرهاب والتطرف العنيف، خاصة وأن عمل المنتدى يحكمه الإطار القانوني الدولي القائم كميثاق الأمم المتحدة وتوصيات مجلس الأمن الدولي والاستراتيجية الأممية العالمية لمكافحة الإرهاب، مما مكن من إنجازعمل ملحوظ بفضل مقاربة استباقية بشأن المقاتلين الإرهابيين الأجانب، وتدبير أمن الحدود، والتكنولوجيات الحديثة للإعلام والاتصال، ومكافحة تمويل الإرهاب مع حفظ الفضاء المدني. ويعد المنتدى العالمي لمكافحة الإرهاب منصة تم إطلاقها في عام 2011 ويشترك المغرب في رئاستها منذ عام 2016، وتتألف من 30 عضوا (29 دولة + الاتحاد الأوروبي) وتتعاون بشكل وثيق مع العديد من المنظمات الدولية والإقليمية كالأمم المتحدة، ويتشكل هيكلها من خمس مجموعات عمل معنية بمكافحة التطرف العنيف، والمقاتلين الإرهابيين الأجانب، والعدالة الجنائية وسيادة القانون، وتعزيزالقدرات في غرب وشرق إفريقيا، وتجمع أنشطتها بانتظام بين صناع القراروالخبراء في مجالات مكافحة الإرهاب.

- تنظيم المغرب للمؤتمرالدولي الثاني لمكافحة التطرف العنيف بالرباط ما بين 8 و10 يونيو 2022، تحت شعار: "الذكاء الجماعي في مواجهة الإرهاب وبناء استراتيجيات مكافحة التطرف العنيف والوقاية منه"، أشرف عليه المرصد المغربي حول التطرف والعنف بشراكة مع منظمة العالم الإسلامي للتربية والعلوم والثقافة (ايسيسكو) ومؤسسات أخرى كالمندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج ورئاسة النيابة العامة والرابطة المحمدية للعلماء.

- افتتاح المغرب نهاية مارس 2022 بمدينة الداخلة للمركز الدولي للأبحاث حول الوقاية من تجنيد الأطفال، تتويجا لمشاركة المغرب في جهود مكافحة تجنيد الأطفال في أوقات النزاع بالمصادقة سنة 2020 على "مبادئ فانكوفر"، التي تؤطر حماية الأطفال في أوقات النزاع

(حوالي 337 مليون طفل في مناطق النزاع معرض للتجنيد والخطر)، وتضع حدا لاستغلالهم من قبل الجماعات المسلحة.

- مشاركة المغرب بوفد رفيع المستوى يترأسه وزير العدل في أشغال مؤتمر الأمم المتحدة 14 لمنع الجريمة والعدالة الجنائية، الذي احتضنته مدينة كيوتو اليابانية في الفترة الممتدة من 7 إلى 12 مارس 2021، حيث تم التأكيد على ضرورة تعزيز التعاون الدولي لمنع ومكافحة الجريمة ومنها الإرهاب.

- احتضان المغرب منذ 25 يوليوز 2021 لأول "مكتب لبرنامج الأمم المتحدة لمكافحة الإرهاب والتدريب" في إفريقيا في إطار شراكته مع الأمم المتحدة التي أنشأت أول مكتب أممي لتنفيذ الاستراتيجية العالمية لمكافحة الإرهاب في 15 يونيو 2017، حيث يقدم تكوينات ومهارات في مجال مكافحة الإرهاب والنظام العام وتدبير الأمن والإدارة على الحدود والتصدي لتواجد المتطرفين وتعزيز حقوق الإنسان وإدارة السجون وإعادة التأهيل والإدماج، من أجل مساعدة دول القارة الإفريقية على الرقي بمستوى مكافحتها للإرهاب وجعلها أكثر فاعلية، وهذا دليل على الثقة والاحترام الذي تحظى بها الاستراتيجية الوطنية الناجحة لمكافحة الإرهاب والتطرف العنيف.

- تولى المملكة المغربية في فاتح أكتوبر 2022 ولمدة شهر رئاسة مجلس السلم والأمن التابع للاتحاد الإفريقي، كهيئة تقريرية سبق وأن تم انتخاب المغرب عضوا فيه للفترة الممتدة ما بين 2022-2025 خلال القمة الخامسة والثلاثين للاتحاد الإفريقي في فبراير 2022، ويأتي هذا التكليف في إطار استمرارية التزامات المملكة من أجل إفريقيا تنعم بالسلام والاستقرار والازدهار، وتشكل تتويجا لجهود دبلوماسية المملكة على مستوى القارة الإفريقية بقيادة الملك محمد السادس، وكذا المساهمة في رسم معالم استراتيجية جديدة للمنظمة الإفريقية من أجل رفع التحديات المتعلقة بالسلام والأمن، وفي مقدمتها خطر الإرهاب وتجنيد الأطفال والوضع في الساحل جميعها مواضيع مدرجة على جدول أعمال للنقاش بين الدول. ومن منطلق التزامه وعزمه على خدمة الأجندة القارية في مجال السلام والأمن وفق مقاربة شاملة ومتعددة الأبعاد، تم برمجة ندوة سياسية في طنجة من 25 إلى 27 أكتوبر 2022، حول: "تعزيز الارتباط بين السلام والأمن والتنمية، آفاق تكامل إقليمي"، وذلك

بشراكة مع إدارة الشؤون السياسية والسلم والأمن بالاتحاد الإفريقي، كما تميزت الرئاسة المغربية بتنظيم اجتماع وزاري في 7 أكتوبر 2022 خصص لموضوع "التنمية ومحاربة التطرف كر افعتين لمكافحة الإرهاب والتطرف العنيف"،[639] حيث تم فيه التأكيد من طرف وزير الخارجية المغربي على: "حجم ونطاق التهديد الإرهابي في إفريقيا غير المطمئن نظرا لأن 48 في المائة من ضحايا الإرهاب على الصعيد العالمي هم من الأفارقة، زيادة على أن إفريقيا عانت عام 2021 من 7 آلاف و234 هجمة إرهابية راح ضحيتها 28 ألفا و960 ضحية، نتيجة أن القارة تشهد انتشارا غير مسبوق للجماعات الإرهابية مع 27 جماعة إرهابية مدرجة على قائمة عقوبات الأمم المتحدة، كما لم يعد بإمكان إفريقيا تجاهل حقيقة أن أكثر من 19 جماعة انفصالية تعمل على أراضيها، وأن التكاثر الكامن لهذه الجماعات الانفصالية الآن يعمل على ترسيخ نفسه كمحفز حقيقي لعدم الاستقرار السياسي والأمني في القارة". وللإشارة فمنذ عودة المغرب إلى الاتحاد الإفريقي في يناير 2017، عمل على شغل مقعد في مجلس السلم والأمن التابع للاتحاد الإفريقي كعضو لولاية من سنتين ممتدة ما بين 2018 و2020، حيث تميزت برئاسته الأولى لهذه الهيئة التقريرية في شتنبر 2019 بالمساهمة بشكل بناء في تحسين أساليب عمل مجلس السلم والأمن التابع للاتحاد الإفريقي وتعزيز الممارسات الفضلى في عمل الاتحاد باعتباره دولة رائدة وناجحة في تحقيق الاستقرار الأمني.

المحور الثاني: المقاربة الحقوقية في معالجة الإرهاب والتطرف

نجح المغرب على تنفيذ استراتيجية مهمة لمحاربة الإرهاب والتطرف تهم المقاربة الحقوقية من خلال الاهتمام بالجانب الديني والروحي لمواطني المملكة عبر إصلاح الحقل الديني، مع تطوير التعليم وتحسين الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية عبر مكافحة الفقر

---

[639] عقد المغرب اجتماع وزاري في 7 أكتوبر 2022 حول موضوع "التنمية ومحاربة التطرف كرافعتين لمكافحة الإرهاب والتطرف العنيف"، أكد فيه وزير الخارجية المغربي على: "حجم ونطاق التهديد الإرهابي في إفريقيا غير المطمئن نظرا لأن 48 في المائة من ضحايا الإرهاب على الصعيد العالمي هم من الأفارقة، زيادة على أن إفريقيا عانت عام 2021 من 7 آلاف و234 هجمة إرهابية راح ضحيتها 28 ألفا و960 ضحية، نتيجة أن القارة تشهد انتشارا غير مسبوق للجماعات الإرهابية مع 27 جماعة إرهابية مدرجة على قائمة عقوبات الأمم المتحدة، كما أفاد المسؤول الحكومي على أن منطقة الساحل والصحراء أصبحت في غضون عقد من الزمن ثاني منطقة في العالم الأكثر تضررا من الإرهاب، لافتا إلى أن الأثر الاقتصادي للإرهاب في إفريقيا خلال السنوات العشر الماضية بلغ 171 مليار دولار فيما زادت التكلفة الاقتصادية للعنف الإرهابي تسعة أضعاف منذ عام 2007، الشيء الذي يوجب تبني نهج شامل يكرس المزيد من الجهود للعوامل الكامنة وراء انتشار التطرف والإرهاب في القارة الإفريقية، كما ينبغي أن توجه الطريقة التي يتعامل بها مع التهديد أربعة اعتبارات هي: عدم قدرة نموذج التنمية القارية على الاستجابة لاحتياجات المجتمعات الإفريقية الأكثر ضعفا، السلبية في مواجهة تسلل التيارات المتطرفة إلى المجتمعات الإفريقية الخارجة عن تقاليد التسامح والتعايش والحل السلمي للنزاعات المجتمعية، والتواطؤ، بل وحتى إنشاء الحركات الانفصالية التي لا تؤدي إلا إلى عدم الاستقرار، حيث لم يعد بإمكان إفريقيا تجاهل حقيقة أن أكثر من 19 جماعة انفصالية تعمل على أراضيها، وأن التكاثر الكامن لهذه الجماعات الانفصالية الآن يعمل على ترسيخ نفسه كمحفز حقيقي لعدم الاستقرار السياسي والأمني في القارة، من خلال التحالف مع أو حتى استيعاب أجندات وأساليب عمل الكيانات الإرهابية والإجرامية".
نشرت تفاصيل هذا الاجتماع الأمني منابر صحفية وإعلامية، أنظر الجريدة الإلكترونية المغربية "هسبريس" في منشورها ليوم 7 أكتوبر 2022.

والهشاشة، إضافة للاهتمام بأوضاع سجناء التطرف والإرهاب وإصلاحهم ومحاولة إدماجهم في المجتمع من جديد، وذلك عبر مستويين سنوضحهما:

❖ أولا: على المستوى الديني والاجتماعي

لقد عمل المغرب على تجديد وإصلاح الحقل الديني وإبرازه في مستوى عال من الحكمة والوسطية والاعتدال منذ سنة 2005، كامتداد لتحديث الشأن الديني الذي انطلاق فعليا سنة 1961 بإنشاء وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ثم تبعه تأسيس المجلس العلمي الأعلى ومجالسه الإقليمية في 8 أبريل 1981،[640] كما يتميز هذا الإصلاح الجديد للمنظومة الدينية تحت قيادة عاهل البلاد باعتباره أميرا للمؤمنين بدقته في الفصل بين المشكلة في جوهرها المتعلق بالإرهاب والتطرف وبين التوظيفات السياسية والاستغلال الضيق لهذا الموضوع للتأثير على النسق السياسي والمجتمعي، وذلك من خلال استيعاب كل المكونات الدينية والعرقية والوطنية الفاعلة لما فيه مصلحة ووحدة البلاد قيادة وشعبا، ثم عبر استكمال بناء المنظومة الدينية المنفردة والنموذجية للمملكة وتقوية ثوابتها الراسخة، عبر ما يلي:

- صيانة المرجعية الدينية والروحية لمواطني المملكة، القائمة على إمارة المؤمنين في الحكم والأشعرية في العقيدة والمذهب المالكي في الفقه والجنيد في التصوف السني، وكذا إعادة النظر في وضعية المساجد وكافة أماكن العبادة وإصلاحها وجعلها تحت وصاية وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، بل وتأسيس بها مديرية خاصة بمساجد المملكة لضبطها وسد بعض الثغرات السابقة بإفلات العديد منها من الرقابة والتحكم المباشر من الوزارة الوصية بنسبة تقدر ب 69 في المئة.[641]

- إعادة هيكلة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية سنة 2003 باعتبارها المؤسسة القائمة على تدبير الشأن الديني للمملكة، وكذا إعادة تنظيم المجلس العلمي الأعلى الذي يترأسه أمير

---

[640] اعتبر بعض الباحثين على أن: "الدولة في بداية الثمانينيات من القرن الماضي بقيادة الحسن الثاني كانت مستعدة لإحداث تحول استراتيجي كبير في علاقتها بالإسلام تحت إشراف العلماء، فطموحه فيما يتعلق بالإصلاح الديني كان كبيرا ويتجاوز حدود المملكة إلى إفريقيا وآسيا، ويتعدى الفقهيات وجزئيات الدين إلى قضايا الأسلمة الكبرى المتعلقة بالاقتصاد والسياسة والمجتمع، وتعتبر خطبه الموثقة أكبر شاهد على هذا الاستعداد وهذا الطموح، غير أن طائفة العلماء التي استعان بها للقيام بهذا التحول لم تسعفه، وبقيت مبادراتها العلمية والعملية محدودة ودون مستوى التحدي".
أنظر: امحمد جبرون، إشكالية الوظيفة الدينية في الدولة المعاصرة، قراءة في تجربة تأهيل الحقل الديني بالمغرب، مراصد 4، طبعة 2011، مكتبة الإسكندرية، مصر، ص: 18.

[641] ذكرت هذه النسبة حول وضعية المساجد في إحصائيات لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية أجريت في شهر مارس 2003.
للمزيد راجع: سليم حميمنات، تجديد الإسلام المغربي، المؤسسة الدينية الرسمية وتحديات ما بعد 16 ماي، مجلة وجهة نظر، العدد 25-26 للسنة الثامنة، مطبعة النجاح الجديدة، ص:56.



المؤمنين مباشرة، مع إحداث المجالس العلمية المحلية وإدخال العنصر النسوي فيها لأول مرة سنة 2004، [642] إضافة لإحداث مجلس علمي للجالية المغربية بالخارج بهدف الانفتاح على خصوصيات قضاياهم الدينية والثقافية والإدماجية بدول المهجر مقابل الحفاظ على هويتهم المغربية ومعتقداتهم الإسلامية، وهو ما أصل له الخطاب الملكي لسنة 2008 انسجاما مع نهج اللامركزية المعمول به في جميع المجالات تحقيقا لسياسة القرب والتشارك المنتهجة في تدبير قطاعات الدولة ومنها القطاع الديني.

- توحيد اختصاص الفتوى وجعله تحت وصاية المجلس العلمي الأعلى، تنفيذا للتوصيات الملكية السامية التي تضمنها خطابه بفاس بتاريخ 8 يوليوز 2005 وذكره الظهير المنظم للمجالس العلمية لسنة 2004 بالقول: "وتفعيلا لتوجيهاتنا السامية بشأن تحديد مرجعية الفتوى التي هي منوطة بإمارة المؤمنين، أحدثنا هيئة عامة داخل المجلس العلمي الأعلى لاقتراح الفتاوى على جلالتنا، وفيما يتعلق بالنوازل التي تتطلب الحكم الشرعي المناسب لها قطعا لدابر الفتنة والبلبلة في الشؤون الدينية".

- احتضان المغرب للندوة العلمية الدولية حول: "قول العلماء في الثوابت الدينية المغربية" بمدينة فاس على مدى يومي 25 و26 يونيو 2022، من طرف وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بتعاون مع مؤسسة محمد السادس للعلماء الأفارقة وممثليها عن 34 فرعا في القارة السمراء، حيث تم التأكيد على ضرورة الحفاظ على قيم الإسلام السمحة والمعتدلة ضد الغلو والتطرف ودعاة التكفير والإرهاب، إضافة لإبراز ما يجمع المملكة المغربية بمحيطها الإفريقي برمزيتها على مستوى إمارة المؤمنين، ثم لثوابتها الراسخة المجسدة في العقيدة الأشعرية ووحدة المذهب المالكي ضمن المذاهب السنية، فضلا عن التصوف الديني الذي يعد المغرب قطبا تربويا له من خلال صلحائه وعلمائه الربانيين.

- تأسيس معهد محمد السادس لتكوين الأئمة والمرشدين والقيمين الدينين بالرباط بموجب ظهير شريف صادر في 20 ماي 2014، لتكملة الدور العلمي الكبير الذي تقوم به مؤسسات أخرى كجامعة القرويين ودار الحديث الحسنية، حيث يطلع هذا المعهد بدور مهم في نشر

---

[642] أنظر: ظهير شريف رقم 1.03.193 الصادر في 9 شوال 4/1424 دجنبر 2003، في شأن مهام وتنظيم وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.
+ ظهير شريف رقم 1.03.300 الصادر في 2 ربيع الأول 22/1425 أبريل 2004، القاضي بإعادة تنظيم وتسيير المجالس العلمية.

الدعوة الإسلامية السمحة ترسيخ ثقافة الإسلام المعتدل والمنفتح، وتكوين وتخريج أفواج من الأئمة والوعاظ والمرشدين المتشبثتين بثوابت الأمة للدعوة إلى الله وتنوير العامة بالمساجد بدينهم الحنيف، وفي هذا السياق تم إطلاق برنامج الوعظ والإرشاد باستعمال البث التلفزي في أكثر من 2000 مسجد إضافة إلى الدروس والحصص الدينية الحضورية، وحتى 27 مؤسسة سجنية استفادة من هذا البرنامج الديني للتأطير وإدماج السجناء، مع الإشارة لتخصيص حصة يومية للنساء واستعمال اللغة الدارجة في معظم الدروس الدينية إضافة للغة العربية والأمازيغية والترجمة الأجنبية.

- إحداث مؤسسة محمد السادس للعلماء الأفارقة بموجب ظهير شريف صادر في 24 يونيو 2015، وجعل مقره بالعاصمة الروحية للمملكة فاس بعد أن كان بالرباط، والتي حظيت برئاسة ملكية واهتمت بدور توحيد وتنسيق جهود علماء المسلمين بالدول الإفريقية المقدرة ب 32 عضوا وممثلا بالمؤسسة، للتعريف بقيم الإسلام النبيلة التي تنبذ الإرهاب والتطرف، إضافة لدورها في تأطير وتعليم الطلبة الأفارقة لمعارفه الدينية ومثله العليا حتى يكونوا دعاة للتسامح والاعتدال.

- إطلاق "إذاعة محمد السادس للقرآن الكريم" بتاريخ 16 أكتوبر 2004، أعقبه تدشين بث القناة التلفازية "السادسة" الدينية والتربوية في 2 نونبر 2005، ثم مؤخرا إحداث الموقع الإلكتروني لمنصة محمد السادس للحديث النبوي بتاريخ 9 ماي 2022 نصرة للسنة المشرفة وتسهيلا للباحثين في أمور الدين عن الأحاديث الصحيحة، وكل هذه المجهودات فيما يخص جانب الاتصال والتواصل الديني تهدف لتنويع العرض الديني بلغات متنوعة واستهداف لجميع الطبقات المجتمعية ذكورا وإناثا، مع استغلال التقنيات الحديثة في التواصل والإعلام مثل الإنترنيت والإعلام السمعي والبصري في نشر التوعية والمعلومة الصحيحة عن الدين الإسلامي الحنيف باعتداله وسماحته، بعيدا عن أفكار الغلو والتطرف والتكفير المؤدية للإرهاب، الشيء الذي زاد من تدعيم المرتكزات السياسية والدينية للمملكة، ووقى الوعي المجتمعي من الأفكار الدخيلة والهدامة عن الدين والتعايش الوطني.

- إطلاق مؤسسة الرابطة المحمدية للعلماء بالمغرب باعتبارها مؤسسة دينية وعلمية تأسست بموجب ظهير شريف في 14 فبراير 2006، لسلسلة علمية في مجال بناء القدرات

للحماية من التطرف وخطاب الكراهية ومواجهة الخطاب الرقمي المتطرف وكيفية التعامل مع مسطحات التواصل الاجتماعي بفرصه ومخاطره، وهذا كله تحت عنوان: "التمنيع من التطرف العنيف: أي وظيفة للحوارات الخلفية والخرائط الذهنية؟"، وذلك أواخر شهر ماي إلى متم شهر يونيو 2022.

أما بخصوص محاربة التطرف والإرهاب على المستوى الاجتماعي والاقتصادي ووأد بؤره في مهدها حتى لا يتم استغلال حالات الفقر والبطالة والأمية لدى بعض الشباب الضحايا للارتماء في أحضان الإرهاب والانحراف، فإنه لم يعد النموذج التنموي المغربي مرتهنا لعوامل الطبيعة ومداخيل السياحة والتبعية لحال الاقتصاد الخارجي الأجنبي، بل انطلق من تكريس واقع متميز للمغرب في المنطقة عبر ديمقراطيته التعددية واستقراره الأمني والمجتمعي وعمله على تحسين مناخ الأعمال وتبسيط مساطره وتشجيع الاستثمار الوطني والأجنبي الذي جذب له مشاريع وأوراشا كبرى أنعشت المقاولات الوطنية وخلقت فرصا للشغل، ووجهت المغرب نحو الريادة في التصنيع خاصة في القطاعات ذات المردودية والمشاريع المربحة والناجحة (ميناء طنجة المتوسط وصناعة السيارات والطائرات والاستثمار في القطار السريع ومشروع نور للطاقة الشمسية...)، الشيء الذي مكن المغرب للنجاة من واقع الفوضى وعدم الاستقرار الذي تعيشه عدد من البلدان خاصة بعد موجة ما يسمى بالربيع العربي، كما مكن المملكة من الحد من امتدادات الظاهرة الإرهابية التي تقتات في بيئة التوترات السياسية والأوضاع الاجتماعية والاقتصادية المضطربة، عبر تحسين الخدمات الاجتماعية (الصحة، والسكن، والتعليم...) للتقليص من واقع الهشاشة الاجتماعية من خلال ما يلي:

- الدعوة الملكية للحكومة لتفعيل النموذج التنموي الجديد بعد رفع اللجنة المكلفة بهذا الشأن تقريرها لعاهل البلاد نصره الله في 25 ماي 2021، عقب القيام بمشاورات واجتماعات مع المختصين والمعنيين بهذا الأمر، كما سبقه تقرير تضمن توصيات مهمة للمجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي حول النموذج التنموي الجديد بالمغرب بتاريخ 30 ماي 2019.

- إطلاق المبادرة الملكية للتنمية البشرية بعد الخطاب الملكي ليوم 18 ماي 2005، لتحسين المستوى الاجتماعي والاقتصادي للساكنة وللفئات المحتاجة في إطار من التضامن والدعم المشترك، وذلك عبر الارتكاز على ثلاثة محاور أساسية تهم إطلاق وتشجيع مشاريع مدرة

للدخل والموفرة لفرص الشغل ومحاربة البطالة، ثم التصدي للعجز الاجتماعي، إضافة للاستجابة للحاجات الضرورية للأشخاص في وضعية صعبة مع التأهيل الاجتماعي للجماعات القروية والحضرية الأكثر فقرا بتدشين المدارس والمستشفيات وتوفير البنيات تحتية والمرافق العامة اللازمة لخدمة المواطنين، الشيء الذي تطلب وضع برامج ذات أولوية تنسجم مع محاور هذه المبادرة، تهم برنامج محاربة الفقر خاصة في المجال القروي، ثم برنامج محاربة الإقصاء الاجتماعي في المجال الحضري وكذا الفوارق الاجتماعية والهشاشة التي تمس الفئات الاجتماعية الدنيا.

- الاهتمام بموضوع الهجرة الداخلية والخارجية من خلال استراتيجية تقوم على ثلاثة ركائز رئيسية هي: التضامن والمسؤولية والتعاون الدولي، ومن ذلك تبني المغرب في سنة 2016 لقانون متعلق بمحاربة الاتجار في البشر والرامي لتكييف التشريعات الوطنية مع نظيرتها الدولية.

- تقوية المغرب لحاضنات التنشيط الثقافي والرياضي والفني والترفيهية عبر خلق المزيد من فضاءات القرب وملاعب الأحياء ودور للشباب لدمجهم في المجتمع كفاعلين، إضافة للاهتمام بالمواهب الإبداعية واحتضان العمل الجمعوي والمؤسساتي لهم عبر إضفاء الجدية والتعددية بعيد عن الإقصاء والاستغلال السياسي والديني، بهدف الخروج من واقع الفراغ واللامبالاة الذي يعتبر ملاذا للاستقطاب والتجنيد الإرهابي للمراهقين، خاصة وأن الوقائع والدراسات تثبت أن الجماعات الإرهابية تجند أفرادها من الشباب المهمش، وذلك لجعلهم مشاريع قنابل موقوتة لمخططاتهم الإجرامية مقابل أحلام واهية موعودة، إضافة لسهولة التأثير فيهم وبرمجتهم إيديولوجيا وعقديا،[643] ولنا في انتحاري الهجمات الانتحارية بالدار البيضاء مثالا على ذلك إذ تتراوح أعمارهم ما بين 19 و32 سنة، وينحدرون من أوساط فقيرة تسكن دور الصفيح في الأحياء المهمشة ومنهم من هو عاطل وأمي معرفيا ودينيا.

❖ ثانيا: على مستوى التأهيل وإعادة الإدماج

عمل المغرب على إطلاق برنامج "مصالحة" الذي يعتبر نموذجا عالميا بكل المقاييس يتجاوز الممارسات الفضلى التي أقرتها مذكرة روما الصادرة عن المنتدى العالمي لمكافحة

---

[643] للمزيد راجع: حامد طاهر، ظاهرة التطرف الديني، سلسلة كراسات علمية، منشورات المكتبة الأكاديمية، مصر. طبعة 2005.

الإرهاب، عكس جارتنا الإسبانية التي قررت وفق تصريح وزارة داخليتها بتاريخ 5 أكتوبر 2022 توقيف برنامج إصلاح وإدماج سجناء قضايا الإرهاب والتطرف والمقدر عددهم ب 210 والمعتقلين في سجونها، نظرا لفشله في الوصول للنتائج المرجوة منذ إطلاق البرنامج في سنة 2016، بالمقابل نجد تميزونجاح التجربة المغربية في محاربة الإرهاب والتطرف من خلال عمل المندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج وشركائها الفاعلين على تنفيذ برنامج مصالحة لأول مرة في الفترة الممتدة ما بين 29 ماي و25 يوليوزمن العام 2017 بسجن العرجات 1، حيث استفاد منه 25 سجينا مدانا في ملفات الإرهاب والتطرف، كما عرفت مؤخرا الدورة التاسعة لبرنامج مصالحة التي اختتمت في 28 أبريل 2022 واستمرت لثلاثة أشهرونصف، الإفراج عن 15 سجين من مجموع الحصيلة 156 معتقلا على خلفية قضايا السلفية الجهادية والانتماء لخلايا التطرف والإرهاب، بينهم 116 بموجب العفو الملكي وبتخفيض العقوبة ل15 سجين أي بنسبة عفو تبلغ 63 بالمئة، أما بخصوص العنصر النسائي من المعتقلات على خلفية قضايا الإرهاب والتطرف فقد شهدت الدورة الخامسة من برنامج مصالحة لسنة 2019 استفادة 10 نزيلات من أصل 13 من هذه الفئة أي بنسبة مشاركة تبلغ 77 بالمئة، كما تم الإفراج عن 8 منهن بعفو ملكي ومعتقلتين بعد انتهاء العقوبة السجنية، أي بمجمع كلي لما يناهز تقريبا الإفراج بالمغرب عن ما نسبته 30 بالمئة من المدانين والمحكومين نهائيا في قضايا التطرف والإرهاب، كما تم تأكيد هذه المعطيات مؤخرا خلال لقاء تواصلي[644] عقدته المندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج في السجن المحلي بسلا بتاريخ 20 ماي 2022، حيث ذكر فيه أن عدد معتقلي التطرف والإرهاب بالسجون المغربية يصل إلى 842 سجين موزعين حسب الوضع القضائي التالي: 469 محكوم نهائي و129 ناقض و205 مستأنف و39 احتياطي، أما التوزيع حسب الأحكام القضائية فنجد الأغلبية محكومة بسنوات سجنا باستثناء 23 مؤبد و17 إعدام، كما يتم التعامل معهم وفق مقاربة جديدة تهم جانبين: الأول متعلق بالجانب الأمني الوقائي في تدبيرأمن وسلامة المؤسسات السجنية وموظفيها ونزلائها، تم جانب ثاني تأهيلي مرتبط بالاستفادة من برامج الإدماج التي تحفظ حقوقهم وتصون كرامتهم مثل تنظيم الأنشطة المتعددة والتسجيل في البرامج التعليمية.

كما نشير إلى أن تفعيل برنامج مصالحة يأتي في سياق خطة المندوبية العامة التي سبق إعلانها في شهر مارس 2016، والمتعلقة بنشر ثقافة التسامح ونبذ خطاب الكراهية ومحاربة

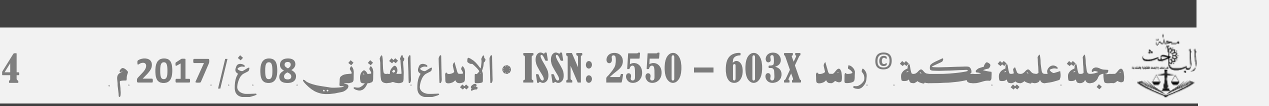
[644] تم نشر معطيات هذا اللقاء التواصلي على الموقع الإلكتروني الرسمي في الأنترنيت للمندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج: https://www.dgapr.gov.ma، وبالجريدة الالكترونية المغربية "هسبريس"، بتاريخ: 20 ماي 2022.

التطرف العنيف والوقاية منه داخل السجون، من خلال تنفيذ برنامج خاص موازي يعتمد على التثقيف بالنظير بشراكة مع برنامج الأمم المتحدة للتنمية والرابطة المحمدية للعلماء، وبتمويل من الحكومة اليابانية ضمن مشروع دعم إصلاح المنظومة السجنية بالمغرب، حيث تم خلال سنة 2021 تنظيم دورات تكوينية و أنشطة في إطارمنهجية التثقيف بالنظيرلفائدة 367 11 نزيلا بست مؤسسات سجنية، وقد وصل العدد الإجمالي للسجناء المستفيدين منذ إطلاق العمل بالبرنامج سنة 2017 إلى 840 46 مستفيدا، إضافة إلى تنظيم المندوبية العامة لبرنامج الجامعة في السجون لفائدة النزلاء الجامعيين حول مواضيع تعنى بالقضايا المجتمعية المتصلة بالإدماج. وللتنبيه يتم في برنامج مصالحة تخصيص حصص لعرض تسجيلات سمعية بصرية لشهادات بعض عائلات ضحايا الإرهاب، بهدف تحسيس السجناء المدانين في قضاياه، بحجم الأذى الذي يخلفه التطرف العنيف على استقراروأمن المجتمع، وتم الحرص كذلك خلال هذه المرحلة على تأمين المصاحبة النفسية حتى لا يتم رفع حدة الشعوربالذنب إلى درجات مرضية قد تفسد عملية التعافي وتعديل السلوك، كما توج البرنامج بعقد مناظرة في شكل تمرين تجريبي يختبر مدى تملك السجناء تقنيات هدم وتفكيك الخطاب المتطرف، وفي الأخير تم التأكد لدى اللجنة العلمية المشرفة على برنامج مصالحة من خلال تقييم تم إعماله على أساس مؤشرات علمية دقيقة، تجاوبا إيجابيا لدى السجناء المستفيدين وتطورا ملحوظا على مستوى تمثل الذات وفهم واستيعاب النص الديني ومقاربة القيم المجتمعية الصحيحة. وهذا كله يدل على نجاح برنامج مصالحة التأهيلي والإدماجي لفائدة سجناء التطرف والإرهاب من طرف المندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج بشراكة وتعاون مع وزارة العدل ووزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية والمجلس الوطني لحقوق الإنسان، بالإضافة لباقي المتدخلين والفاعلين الآخرين كالمرصد المغربي لمكافحة العنف والتطرف والرابطة المحمدية لعلماء المغرب وغيرهم....

وللتفصيل فإن برنامج مصالحة[645] يقوم أوليا على ثلاث محاور أساسية هي: الأول يهم المصالحة مع الذات بتحقيق السلام النفسي والروحي الثابت والمطمئن للفرد المعتقل المعني بالأمر للتربية والرقي به، ثم المحور الثاني الذي يهم المصالحة مع المجتمع عبر التشبع بفكر التسامح والخير ومحبة الآخر واختيار التعايش والسلم معا، أما المحور الثالث فيقوم على

---

645 للمزيد أنظر: بلاغ للمندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج حول إطلاق برنامج مصالحة بتاريخ: 2017/08/25
+ خطب المندوب العام ومجلات حول تقارير الأنشطة ما بين سنوات 2021/2017، صادرة عن المندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج وموجودة للتحميل على موقعها الإلكتروني: https://www.dgapr.gov.ma/articles.php?id_menu_sup=30



المصالحة مع النص الديني من خلال الفهم الصحيح للدين المعتدل والمنفتح بعيدا عن التعصب الأعمى والتكفير والتطرف العنيف، ونتيجة لذلك نصل لنتيجة في الأخير ممثلة في تحقيق أهداف محور رابع ينبني على المصالحة مع النظم التي يعيش ويتعايش فيها الفرد المستهدف ويتعامل وفقها، وتهم تلك المنظمة لعلاقة الفرد في حياته العامة وبالمؤسسات الشرعية للبلاد والتي تقتضي الانضباط لنظامه العام واحترام ثوابته الوطنية والتزاماته الدولية كمواطن صالح مندمج ومنتج. يرتكز على ثلاث محاور أساسية تهم المصالحة مع الذات ومع النص الديني ثم مع المجتمع، وقد تمت بلورة هذه المحاور من منطلق إدراك المندوبية العامة العميق لأهمية تأمين شروط إعادة إدماج شريحة المدانين في قضايا الإرهاب والتطرف بالمؤسسات السجنية، والتي تحتاج إلى مقاربة علمية مبدعة تتكامل مع الجهود المتعددة الأبعاد والمبذولة في مجال مكافحة الإرهاب والتطرف وحماية المجتمع المغربي من آفاته المبنية على الاستباقية الأمنية والتحصين الروحي ومحاربة الهشاشة، كما يستمد برنامج مصالحة فلسفته من التوجهات الملكية السامية الداعية إلى تعزيز قيم المواطنة والتسامح والاعتدال، وإذكاء الإحساس بالمسؤولية المواطنة بين مختلف شرائح وفعاليات المجتمع المغربي، وكذا من حرص جلالة الملك محمد السادس نصره الله على ضرورة إصلاح العدالة الجنائية بالمغرب على أسس المواطنة والمحاسبة والمسؤولية والمساواة في الحقوق والواجبات والفرص، مع ضرورة العمل والحرص على صون الكرامة الإنسانية للمواطنين السجناء التي لا تجردهم منها الأحكام القضائية السالبة للحرية. هذا فضلا عن كون برنامج مصالحة مبادرة تكرس المبدأ الذي قامت عليه تجربة هيئة الإنصاف والمصالحة في صيغة جديدة، تتفرد بكون المصالحة فيها صادرة عن السجناء المعنيين مع المجتمع الذي تحمل أضرارا مادية ومعنوية بسبب أفكارهم المتطرفة أو أعمالهم الإرهابية، بالإضافة الى أن هذا المشروع الفريد من نوعه على المستوى العالمي، يندرج في إطار الاستراتيجية الجديدة للمندوبية العامة المبنية على مبدأ تفريد العقوبة وإعمال البرامج الرامية إلى أنسنة وتحسين ظروف الاعتقال وتأهيل السجناء لتهيئهم للإدماج.

أما بخصوص تنفيذ برنامج مصالحة فيتجلى استهداف محاوره الثلاثة المذكورة وفق الأبعاد التالية: الأول يهم البعد المتعلق بالتأهيل الديني وما يتصل به على مستوى فهم واستيعاب النص الديني بالشكل الصحيح والمكرس لقيم التسامح والاعتدال بارتباط بالرؤى والقناعات ذي صلة بتمثلات السجناء الجهاديين للمجتمع وللدولة وللعالم. ثم ثانيا البعد الحقوقي والقانوني خاص بتأهيل السجناء على مستوى فهم واستيعاب وقبول الإطار القانوني

المنظم لعلاقة الأفراد بالمجتمع وبالدولة وبضوابط النص القانوني، انطلاقا من جدلية الحقوق والواجبات. إضافة لبعد ثالث خاص بالتأهيل والمصاحبة النفسيتين باعتباران الفئة المعنية من السجناء تعيش تحولات على مستوى تمثل الذات خلال مراحل متوالية تبدأ بمرحلة ما قبل الاعتقال مرورا بمرحلة المحاكمة ثم مرحلة تنفيذ العقوبة السالبة للحرية بالمؤسسة السجنية. وأخيرا نجد البعد الرابع المتعلق بالتأهيل السيوسيو اقتصادي للسجين للعودة للمجتمع بمؤهلات ذاتية تمكنه من الاندماج الاقتصادي والاجتماعي. ونتيجة لذلك نجد من سجناء التيار السلفي والجهادي الذين كانوا متابعين في قضايا التطرف والإرهاب وتم الإفراج عنهم بعفو ملكي منذ 2012، من نجح في الاندماج الفكري والتفاعل السياسي في المجتمع من خلال إطلاق مبادرة بعنوان الإصلاح وخدمة الوطن بهدف تأسيس حزب سياسي تحت مسمى التيار السلفي للإصلاح السياسي، ومنهم من دعا للتصويت بنعم على الدستور الجديد لسنة 2011 وللمشاركة بالتصويت في العملية الانتخابية، ومنهم من أصدر وثيقة "أنصفونا" اعترافا بالنظام الملكي ورفضا لممارسة العنف والتكفير والاعتداء على معتنقي باقي الديانات الأخرى، بل وصل الأمر لرغبة الدولة في إدماج التيار السلفي إلى تقديم أحد رموزه لإمامة أمير المؤمنين الملك محمد السادس نصره الله في صلاة الجمعة بتاريخ 29 مارس 2015،[646] وهذا دليل على نجاح السلطة في دمج هذه الفئة في العمل السياسي والمدني عبر تحييد الخطاب التكفيري من صفوفهم وجعلهم طرفا إيجابيا ووطنيا.

من جانب آخر، أكد المندوب العام في عرضه لحصيلة العمل عن سنة 2020، على الإقبال الكبير الذي عرفه برنامج مصالحة التأهيلي والموجه لمعتقلين التطرف والإرهاب من خلال طلبات المشاركة المتزايدة، إضافة إلى عدم تسجيل أية حالة عود في صفوف المستفيدين منه والمفرج عنهم عن نجاح هذه التجربة المتميزة، والذي يؤكده أيضا إشادة عدد من شركاء المندوبية بها منهم نائب الأمين العام لمكتب الأمم المتحدة لمكافحة الإرهاب في إطار الاستقبال الذي خصص له وللوفد المرافق له بالمندوبية العامة للتباحث حول قضايا التطرف والإرهاب، حيث أثمر هذا اللقاء عن اقتراح تعميم تجربة المغرب في هذا المجال على بعض الدول الأجنبية من خلال قيام أطر المندوبية العامة بتأطير برامج تكوين بهذه الدول وجعل المركز الوطني

[646] يهم الأمر على التوالي رموز التيار السلفي بالمغرب بعد المراجعات: عبد الكريم الشاذلي ومحمد المغراوي وعبد الوهاب رفيقي ومحمد الفيزازي.
أنظر: مقالات ذ.التليدي + إسماعيل حمودي، تدبير الشأن الديني بالمغرب، مرتكزات وتحديات، مقال منشور بجريدة التجديد في 7 أكتوبر 2008.

لتكوين الأطر بتيفلت منصة إقليمية لتقاسم الخبرات مع الوفود القادمة منها، كما يذكر أن تجربة المملكة المغربية في مجال مكافحة الإرهاب وضمنها تجربة المندوبية العامة المتعلقة ببرنامج مصالحة، قد ساهمت إلى حد ما في توقيع المغرب والمكتب الأممي المذكور لمذكرة مشروع بشأن فتح مكتب بالعاصمة الرباط يعنى بالتكوين في مجال مكافحة الإرهاب والتطرف.

الخاتمة:

في الأخير نؤكد على أنه رغم هذه المجهودات المبذولة لمحاربة جرائم الإرهاب وفكر العنف والتطرف، فإن الإرهاب ما زال اليوم ظاهرة معقدة أضحى يتسم بطابع التكيف مع الاستراتيجيات المكافحة ومحاولة اختراقها، كما أن جذور التطرف في الثقافة والفكر والعيش المجتمعي والامتدادات الدولية تجعله قادرا على إعادة إنتاج نفسه بصيغ متعددة ماكرة وبأثواب متخفية غادرة، لهذا عمل المغرب في ضوء ما يملكه من رصيد ديني وأمني وتنموي على تقوية مقاربته المتميزة في مكافحة الإرهاب وتعزيز المسار الديمقراطي للبلاد، لهذا وجب التنويه والافتخار بالعمل الكبير الذي يقوم به المغرب بمختلف أجهزته خاصة العسكرية والأمنية منها من أجل حفظ أمنه واستقراره واستمرار مسيرة تقدمه وازدهاره في تلاحم تام بين القيادة والشعب الذي نحسد عليه كما أكده على ذلك عاهل البلاد في إحدى خطبه، إضافة للتصدي للتهديدات الإرهابية والأفكار التكفيرية المتطرفة العابرات للقارات والحدود والمهددة لأمن الشعوب وتقدم المجتمعات، وكل هذا نتيجة السياسة الأمنية الاستباقية والمعلومة الاستخباراتية الناجحة توازيها المقاربة الحقوقية والإدماجية في مواجهة العمل الإرهابي ومعالجة فكر التطرف العنيف وتجفيف منابعه، بهدف تحصين الشباب من ملاذات الاستقطاب والتجنيد في بؤر التوتر والنزاع، الشيء الذي جعل من المغرب شريكا ناجحا وموثوقا به لدى العديد من الدول والهيئات، في ظل استمرار خطر التهديد الإرهابي على الجميع وتطور أساليبه الخبيثة وتداخلها مع جرائم أخرى كتبيض وتهريب الأموال والجرائم الإلكترونية والاتجار الدولي في البشر والمخدرات....، كما تزيد الحروب والصراعات العرقية والدينية وكذا انتشار مظاهر الفساد والتخلف الاقتصادي والاجتماعي والفكري، من إيجاد البيئة الخصبة لظهور العديد من البؤر الإرهابية والأفكار المتطرفة، لدا وجب تطوير منظومة اجتماعية منسجمة لنبذ العنف وتفكيك خطاب التطرف، وذلك من خلال تعزيز البحث العلمي في هذا المجال على غرار ما نتابعه في العديد من الدول الأجنبية، لأن ظاهرة الإرهاب منطلقها الفكر المتطرف الذي لا يمكن معاقبته أو سجنه لكن

بالمقابل يمكن مواجهته بتغييره بفكر عقلاني معتدل ومنفتح على الذات ومتسامح مع الآخر، وهذا ما يجب أن تتولاه مراكز بحثية متخصصة في تشريح ظاهرة الإرهاب وبيان المسببات والعلاجات، وهنا لابد من التسريع بإخراج المرصد الوطني للإجرام بعد مرور13 سنة على الدعوة الملكية لإحداثه منذ خطاب ثورة الملك والشعب لسنة 2009، باعتباره سيكون آلية لتحليل الظاهرة الإجرامية كالإرهاب مع تقديم اقتراحات لاحتواء الجرائم، إضافة للتعاون الجدي والمسؤول مع كل المتدخلين والمهتمين في الميدان لمواجهة هذه الآفة الخطيرة سواء بالتعاون الأمني والمعلوماتي من جهة، ثم بالاهتمام بالجانب الحقوقي والتنموي للشعوب من جهة أخرى، وتبقى الأولية لجانب التربية والتعليم عبر تشبع الفرد بقيم الإسلام المعتدل، والتحلي بأعراف المجتمع المنفتح القائم على التآخي والتسامح والتعايش ونبذ فكر العنف والتطرف الدخيل على ثقافتنا،

لائحة المراجع:

Nathalie Cettina. « Terrorisme.l'histoire de sa mondialisation ». France. Edition l'harmattan. 2001.

الحسن حما، دراسة حول "استراتيجية المغرب في مواجهة التطرف والإرهاب دراسة سوسيو-تاريخية"، منشورات مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية، بتاريخ يوليوز 2016.

جمال بوازدية، الاستراتيجية المغاربية لمكافحة الإرهاب، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في قسم الدراسات الدولية، بكلية العلوم السياسية والعلاقة الدولية، الجزائر، السنة الجامعية 2013/20112.

ظهير شريف رقم 1.11.91 صادر في 27 شعبان 1432 (29 يوليوز 2011) بتنفيذ نص الدستور المغربي، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر الصادرة بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليوز 2011).

يوسف بن ناصر، الجريمة الإرهابية بالمغرب وآليات المكافحة القانونية، العدد 6، مطبعة دار القلم، طبعة 2004.

TEL + 212 771394949 www.allbahit.com Majalatlbahit2017@gmail.com

ملف خاص حول الإرهاب والتطرف، ومعطيات حول عمل المكتب المركزي للأبحاث القضائية: جريدة المنعطف، العدد 5648 صادر بتاريخ 18 ماي 2022. + جريدة النهار المغربية، العدد 5461، صادر بتاريخ 18 ماي 2022.

محمد مؤنس، تحديث أجهزة مكافحة الإرهاب وتطوير أساليبها، منشورات مركز الدراسات والأبحاث بجامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، طبعة 2006، العدد 407.

امحمد جبرون، إشكالية الوظيفة الدينية في الدولة المعاصرة، قراءة في تجربة تأهيل الحقل الديني بالمغرب، مراصد 4، طبعة 2011، مكتبة الإسكندرية، مصر.

سليم حميمنات، تجديد الإسلام المغربي، المؤسسة الدينية الرسمية وتحديات ما بعد 16 ماي، مجلة وجهة نظر، العدد 25-26 للسنة الثامنة، مطبعة النجاح الجديدة.

TEL + 212 771394949 www.allbahit.com Majalatlbahit2017@gmail.com

الدكتور وائل تيسية
حاصل على شهادة الدكتوراه بجامعة محمد الخامس
كلية العلوم القانونية السويسي

مكانة الوصل على ضوء التشريع ومحكمة النقض

The status of the link in the light of legislation and the court of Cassation

مقدمة:

تعمد أغلب الشركات الى بيع العقارات[647] انطلاقا من المفاوضات[648] التمهيدية[649] التي تسبق عملية التعاقد، ومرورا بإبرام العقود التمهيدية مع المشترين المحتملين، وانتهاء بتحرير عقد البيع النهائي.

دعت الضرورة في سبيل اقتناء عقار إبرام عقود تمهيدية تجمع بين الشركة العقارية والمستهلك، فالإقبال على تلك العقود لا مناص منه بالنسبة للمتعاقدين على حد سواء.

يبدأ سريان العقود التمهيدية بإيجاب منصب على وعد بالتعاقد، فيصبح ذلك الوعد عقدا تاما عند قبوله من لدن المتعاقد الآخر، وهي مرحلة تتوسط الإيجاب والعقد النهائي.[650]

---

[647] يمكن الاستغناء عن العقود التمهيدية عند تراضي المتعاقدين على إبرام العقد النهائي فورا، وليس هناك ما يمنع قانونا من تجاوز تلك المراحل التمهيدية عندما يكون العقار منجزا.

[648] تعد المفاوضات التمهيدية مرحلة غير تعاقدية يقوم من خلالها المتعاقدان بتبادل وجهات النظر حول العقار والثمن وباقي الأركان الأساسية للعقد المحتمل، وهناك حالة وحيدة تتحقق فيها المسؤولية التقصيرية للمتفاوض السيئ النية مما يستوجب تعويض الطرف المتضرر وفق المادتين 77 و78 من قانون الالتزامات والعقود.

راجع: مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة لنيل الماستر في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، 2014.

[649] أيمن أحمد الدلوع وجهاد مغاوري شحاتة وشامل سليمان عسلة، الممارسات القانونية والتدريبات العملية، الرياض، مكتبة القانون والاقتصاد الطبعة الأولى، 2019، ص 143.

[650] عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزامات: نظرية العقد، الجزء الأول، بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر، ص 262.

تحرر العقود التمهيدية من أجل تهيئ وتحضير عقد البيع النهائي، فهي خطوة استباقية ومرحلة ممهدة تمكن المستهلك من حجز العقار إلى حين إنجازه وتخول للشركات العقارية إعداد البنايات والحصول على الوثائق الضرورية والمستندات اللازمة[651] لإتمام إجراءات البيع.

على هذا الأساس، تبتدئ المراحل الأولى للتعاقد بإبرام عقود تمهيدية بين المورد والمستهلك العقاري منشئة لآثار قانونية، بحيث يصوغ تحرير عقدين تمهيديين؛ الأول عقد التخصيص والثاني عقد البيع الابتدائي.

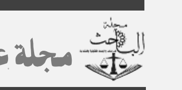
نص قانون بيع العقار في طور الإنجاز رقم 12-107 على جملة من المقتضيات التي تنظم تلك العقود التمهيدية سواء من حيث البنود التعاقدية الواجبة إدراجها والجهة المخولة لها إبرامها وغيرها من القواعد القانونية التي تؤطر الروابط التعاقدية القائمة بين المورد والمستهلك العقاري في المراحل التي تسبق إبرام عقد البيع النهائي.

لعل ما يثار في المفاوضات التمهيدية وفي المراحل الممهدة لإبرام عقد البيع هو تقديم البائع مباشرة للمشتري وصلا مفاده اداء هذا الأخير لقسط أو لبعض الأقساط من ثمن البيع الإجمالي للعقار المراد اقتناؤه. وعليه، يطرح التساؤل حول اعتبار الوصل حجة قاطعة على نشوء التزامات قانونية بين البائع والمشتري.

إن دراسة الوصل من خلال تحديد الطبيعة القانونية لهذه الورقة وعبر رصد موقف محكمة النقض في هذا الموضوع قد يفضي إلى تحديد مميزات هذه الورقة على المستوى الموضوعي والشكلي.

من هذا المنطلق، يكتسي هذا الموضوع أهمية بالغة بالنظر إلى جملة من الاعتبارات. على المستوى النظري، ستمكن هذه الدراسة من معرفة موقف المشرع المغربي من الوصل من خلال تحديد ماهيته وخصائصه وتبيان الآثار المترتبة عن تسليمه.

[651] رمزي ساسي، إشهار الحق العيني العقاري، تونس، المجمع الأطرش للكتاب المختص، الطبعة الأولى، 2015، ص 88.



يترتب عن التعيين الدقيق للعناصر المتصلة بالوصل نتائج مهمة ومنها مدى الاعتداد بالوصل لإثبات العلاقات التعاقدية القائمة بين المورد والمستهلك العقاري، وتبيان حجية الورقة بين المتعاقدين وفي مواجهة الأغيار.

أما على المستوى العملي، ستمكن هذه الدراسة من تبيان التوجه الذي اتخذته محكمة النقض بالنظر إلى الوصل، وبالتالي فمعرفة موقف القضاء الموجه سيساهم بشكل كبير في إبراز التصور السائد لدى القضاء بخصوص ماهية الوصل والحقوق التي يمكن للمحكمة النطق بها لصالح المستهلك العقاري عند تسليم الوصل.

وعليه، إلى أي حد يمكن الاعتداد بالوصل على المستوى التشريعي والقضائي لضمان حقوق المستهلك العقاري؟

من خلال ما تقدم، ارتأينا تقسيم هذا الموضوع إلى محورين:

سنعمد في (المحور الأول) إلى تبيان خصوصية الوصل على ضوء التشريع المغربي، ثم سنتولى دراسة موقف محكمة النقض من الوصل في (المحور الثاني).

المحور الأول: خصوصية الوصل على ضوء التشريع المغربي

يعد الوصل وثيقة عرفية مكتوبة، خاصة متى كان موقعا من طرفي العلاقة التعاقدية أو على الأقل متى كان موقعا بكيفية قانونية ممن يُحتج به ضده، طبقا لمقتضيات الفصل 426 من قانون الالتزامات والعقود.[652]

هذا الوصل باعتباره وثيقة مكتوبة غالبا ما يجيئ من لدن البائع من أجل تقديمه إلى المشتري على سبيل الضمان أي أن الوصل يشكل اعترافا صريحا من طرف البائع بأداء المشتري التسبيق أو التسبيقات الواجبة أو المتفق عليها.

---

[652] محمد الكشبور، بيع العقار بين الرضائية والشكل: دراسة في أحكام الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي وفي مواقف القضاء الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، ط 1، 1997، ص 102.

بالرجوع إلى مضامين الفصل 426 من ق.ل.ع، نجد أن المشرع ألزم المدين في الورقة العرفية بالتوقيع عليها في الأسفل، ولا يقوم الطابع أو الختم مقام التوقيع،[653] ومن ثمّ يكون البائع ملزما بالتوقيع على الورقة العرفية.[654]

يُستنتج من خلال ما سبق أن للوصل ضوابط شكلية تميزه عن غيره من المحررات، مما يجعله حجة للمشتري تجاه البائع من أجل استيفاء حقه سواء بإتمام إجراءات البيع وإبرام العقد النهائي أو باسترجاع الأقساط المدفوعة إذا لم يُبد البائع رغبته في البيع، أو في حالة وجود ظروف يستحيل معها استكمال مراحل إنجاز البيع.

ويُستخلص من الفصل 424 من قانون الالتزامات والعقود أن الورقة العرفية المعترف بها ممن يقع التمسك بها ضده أو المعتبرة قانونا في حكم المعترف بها منه، تكون لها نفس القوة الثبوتية التي للورقة الرسمية، بحيث تعتبر دليلا وحجة قاطعة في الاتفاقات والشروط الواقعة بين المتعاقدين وفي الأسباب المذكورة فيها وفي غير ذلك من الوقائع التي لها اتصال مباشر بجوهر العقد على غرار الورقة الرسمية.

على أساس كل ما تقدم، اعتبر المشرع في قانون الالتزامات والعقود الورقة العرفية حجة قاطعة ودليلا قويا على نشوء الاتفاقات بين المتعاقدين، وبالتالي يمكن الاستناد إلى تلك المقتضيات القانونية لحماية حقوق المستهلك العقاري المتوفر على ورقة الوصل والذي لم يتمكن من إبرام العقد التمهيدي مع البائع لأي سبب كان شريطة أن يتضمن الوصل العناصر الأساسية المطلوبة.

على هذا السبيل، يظهر جليا أن المشرع المغربي أحاط بتنظيم خاص بالورقة العرفية سواء كانت في شكل برقية أو وصل أو غيرها من المحررات التي يمكن كتابتها في قالب عرفي، غير أنه يصعب الحسم في مدى إضفاء الوصل لضمانات حقيقية للمستهلك العقاري في مواجهة المورد.

---

[653] ينص الفصل 426 من قانون الالتزامات والعقود على أنه: "يسوغ أن تكون الورقة العرفية مكتوبة بيد غير الشخص الملتزم بها بشرط أن تكون موقعة منه. ويلزم أن يكون التوقيع بيد الملتزم نفسه وأن يرد في أسفل الورقة. ولا يقوم الطابع أو الختم مقام التوقيع ويعتبر وجوده كعدمه".

[654] جيهان بونبات، مركز الكتابة والتسجيل في عقود تفويت العقارات، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2010-2011، ص 30-31.

تكمن الصعوبة بداية في تطبيق النص العام الوارد في قانون الالتزامات والعقود خاصة مع وجود نصوص خاصة تحكم العلاقة التعاقدية بين المورد والمستهلك العقاري، وهناك صعوبة لا تقل أهمية عن سابقتها وهي اعتبار الوصل ورقة عرفية لها نفس القوة الثبوتية والحجية التي تتوفر عليها الورقة الرسمية.

في مقابل تلك النصوص العامة، جاء قانون بيع العقار في طور الإنجاز رقم 12-107 الصادر سنة 2016 متضمنا مقتضيات تؤطر الروابط التعاقدية الدائرة بين المورد والمستهلك العقاري في سبيل سد الثغرات القانونية المعابة على النص العام.

في هذا الصدد، لم يذكر قانون بيع العقار في طور الإنجاز عبارة الوصل، بل نظم الروابط التعاقدية القائمة بين المورد والمستهلك العقاري في المراحل الأولى للتعاقد في ظل إطارين أساسيين.

أما الإطار الأول فيتمثل في إمكانية إبرام عقد التخصيص باعتباره عقدا قائما بالذات متوفرا على كل الأركان والعناصر لإنشائه وذلك استنادا إلى فحوى الفصل 618-3 مكرر مرتين.

أما الإطار الثاني فيتجلى في تحرير عقد البيع الابتدائي سواء كان وعدا انفراديا بالبيع أو وعدا تبادليا بالبيع انطلاقا من منطوق الفصل 3-618، ويستشف من خلال ما تقدم أن النص الخاص لم يعتد بالوصل لإثبات التصرفات القانونية المنصبة على العقارات في طور الإنجاز بل اعتبر العقود التمهيدية المناط الوحيد المعتمد لإنشاء الالتزامات بين البائع والمشتري.

في هذا الإطار، نص قانون بيع العقار في طور الإنجاز على بطلان كل آداء للتسبيقات أو الأقساط قبل إبرام عقد التخصيص أو عقد البيع الابتدائي،[655] ويتبين من خلال هذا التنصيص أن كل آداء لمبالغ أو أقساط ستعرض المستهلك العقاري لأضرار محققة ولا يمكن بالتالي التحجج بالوصل أمام القضاء في سبيل استيفاء تلك الأموال أو المطالبة بإتمام إجراءات البيع.

---

[655] ينص الفصل 8 -618 من قانون بيع العقار في طور الإنجاز رقم 12-107 على مايلي: "يعد باطلا كل أداء كيفما كان قبل التوقيع على العقد الابتدائي أو عقد التخصيص في حالة اللجوء إلى إبرامه".

يترتب عن آداء الأقساط قبل إبرام العقود التمهيدية جزاء قانوني متمثل في بطلان التصرف القانوني، ومن ثم فتسليم البائع الوصل للمشتري يعد إجراء باطلا وسيودي حتما إلى إهدار الحقوق المالية للمستهلك العقاري.

في سياق آخر، تنص مقتضيات الفصل 6-618 من القانون المذكور على قيام المشتري بأداء 5% في المائة من الثمن الإجمالي للبيع إلى البائع عند إبرام عقد التخصيص[656]، غير أن الصعوبة تكمن في الوقت الذي لا تبرم فيه الأطراف المتعاقدة ذلك العقد خاصة وأن القانون ينص على اختيارية إبرام عقد التخصيص، ومن هنا نستشف أن مصالح المشتري يمكن أن تتضرر بسبب عدم إثبات المبالغ موضوع التسبيق أو العربون وبالتالي يجب إبرام عقد التخصيص بشكل إلزامي لضمان حقوق المتعاقدين وخاصة المشتري الذي يُقدم على وضع مبالغ بين يدي البائع دون وسيلة إثبات أو دليل مكتوب.

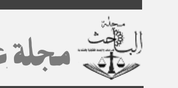
يستنتج من خلال ما تقدم أن النص الخاص (قانون بيع العقار في طور الإنجاز) جاء خاليا من فكرة الوصل لكون هذه الوثيقة العرفية لا ترقى إلى درجة العقد، إذ يقتضي المنطق القانوني والسليم إبرام العقود التمهيدية لحماية الأطراف المتعاقدة، ومن ثم فالعقد يحل محل قانون لتبيان التصرفات القانونية ولتوفير حقوق ليس فحسب للمستهلك بل للمورد العقاري على حد السواء.

في ظل تباين المقتضيات القانونية الواردة في النص العام والخاص، كان لزاما علينا تسليط الضوء على الموقف الذي اتخذه القضاء وخاصة محكمة النقض وجاه الوصل من خلال قرارات مبرزة عن كثب التوجه الذي سارت عليه محكمة النقض بخصوص الوصل.

من هذا المنطلق، لا يمكن إدراك أهمية الوصل إلا من خلال الممارسة القضائية في الموضوع وعبر التنزيل السليم للمقتضيات القانونية، وهذا كله يصب في اتجاه حماية حقوق الأطراف المتعاقدة وخاصة الطرف الأقل خبرة وكفاءة ميدانية.

المحور الثاني: موقف محكمة النقض من الوصل

[656] تنص الفقرة الأولى من المادة 6–618 من قانون رقم 12–107 على أنه: يؤدي المشتري كحد أقصى قسطا من الثمن الإجمالي تبعا لتقدم الأشغال حسب المراحل التالية: "5% في المائة عند إبرام عقد التخصيص، 5% في المائة عند إبرام العقد الابتدائي، 10% في المائة عند عدم وجود عقد التخصيص".



يعتبر التوجه القضائي الفيصل الحقيقي لإبراز مكانة الوصل في النظام التشريعي، ومن أجل معرفة ذلك التوجه يتعين الاعتماد على قرارات في الموضوع بغية الحسم في التباين الحاصل بين النص العام والخاص.

في هذا الإطار، صدر عن محكمة النقض سنة 2016 قرارٌ[657] قضت فيه بعدم الاعتداد بالوصل كوسيلة لإثبات العلاقة التعاقدية الدائرة بين الشركة العقارية التي أعدت مشروعا سكنيا لبيع شقق اقتصادية والمشتري المحتمل، وقد استندت الى الفصلين 478 و488 من ق. ل. ع معتبرةً أن الوصل الذي يحتج به الطاعن خالٍ من أهم العناصر الأساسية للعقد وهو الثمن، وحذت محاكم الموضوع حذو محكمة النقض فاعتبرت المحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف أن نقل ملكية عقار يقتضي دفع الثمن وكتابته مباشرة في المحرر.

في نفس الإطار، استندت محكمة النقض ومحاكم الموضوع إلى فحوى الفصل 488 من قانون الالتزامات والعقود الذي يشير أن عقد البيع يكون تاما عند تراضي عاقديه على المبيع والثمن وباقي الشروط.

على هذا الأساس، أصدرت محكمة النقض قرارها المذكور الذي مفاده عدم الاعتداد بالوصل لإثبات البيع أو الوعد بالبيع، وقد عللت المحكمة قرارها المذكور أعلاه عبر تبيان السند القانوني المعتمد للنطق بعدم جواز الأخذ بالوصل باعتباره سندا منشئا للالتزام.

يمكن اختزال السند القانوني المعتمد من لدن المحكمة في نقطتين رئيسيتين؛ أما الأولى أساسها خلو الوصل من أهم ركن من أركان العقد ألا وهو الثمن؛ أما الثانية تكمن في وجوب تحرير عقد سواء كان تمهيديا أو نهائيا مبينا للعناصر الأساسية للمحرر وهي العقار المبيع والثمن، ومن ثم فإبرام عقد يستوفي الشروط القانونية سيفضي حتما إلى حماية حقوق الأطراف المتعاقدة وسيؤدي إلى التحديد الدقيق للبنود التعاقدية الواجبة إدراجها في العقد.

[657] قرار محكمة النقض، عدد 7/89، المؤرخ في 2016/02/09، ملف مدني عدد 2015/7/1/839، الغرفة المدنية القسم السابع، غير منشور.

في قرار آخر[658] يعضد سابقه، لم تعتد محكمة النقض بالوصل لخلوه من الثمن ومساحة العقار باعتبارهما عنصرين وركنين أساسيين يجب الاتفاق عليهما لزاما بين المورد والمستهلك العقاري.

إن إقدام الشركة العقارية البائعة على تقديم وصل للمشتري أدى إلى الإضرار بمصالح هذا الأخير، وبذلك يظل العقد مناط الالتزام وسند يمكن التحجج به أمام القضاء في سبيل إتمام إجراءات البيع أو على الأقل استرجاع المبالغ المدفوعة من لدن المشتري والحكم لصالحه بالتعويض الذي يتناسب مع حجم الأضرار اللاحقة به.

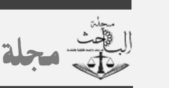
يستشف من القرارين السابقين الموقف الذي اتخذته محكمة النقض ومحاكم الموضوع حيال الوصل الذي يفتقد إلى أهم العناصر الأساسية في العقد، ومن ثم لا يعد وسيلة قانونية تتيح للمستهلك العقاري التحجج بحقوقه أمام القضاء مادام يفتقد إلى تلك العناصر المذكورة سلفا.

على ضوء القرارين السالفين، يلاحظ أنه لم يتم الاكتراث بمركز المستهلك العقاري الذي لا يتوفر على خبرة قانونية أو على الأقل معلومات من شأنها أن تنير بصيرته في التعاقد بإبرام العقود التمهيدية وعدم تسلم الوصل باعتباره أداة غير مضمونة من الناحية القانونية لإثبات الحقوق والالتزامات.

على هذا الأساس، يجب في رأينا إضفاء المزيد من الضمانات على الوصل من خلال تدخل تشريعي يتمثل في التعيين الدقيق لمراجع تلك الوثيقة العرفية عبر بيان اسم المورد والمستهلك العقاري والمقر الاجتماعي للشركة ورأس مالها مع إيضاح وتحديد الرسم العقاري الأصلي والثمن الإجمالي للبيع ومبلغ التسبيق، فتلك البيانات ستمنح للمحرر قوة ثبوتية على غرار العقود التمهيدية وباقي المحررات القانونية، وستخول للمستهلك العقاري الإمكانية للتحجج بحقوقه أمام المحاكم.

---

[658] قرار محكمة النقض، عدد 7/39، المؤرخ في 2016/01/19، ملف مدني عدد 2015/1/1/621، الغرفة المدنية القسم السابع، غير منشور.



في قرار آخر صادر عن محكمة النقض[659] ، قام شخصان باقتناء شقة من الشركة العقارية وعمدا إلى شراء قطعة من مرآب مخصص للسيارة، وقد أديا مبلغ 5000,00 درهم كتسبيق مقابل وصل ثم عرضا باقي الثمن بصندوق المحكمة الابتدائية المختصة.

من هذا المنطلق، حكمت المحكمة الابتدائية لصالح المدعيين بإبرام عقد البيع النهائي وبغرامة تهديدية قدرها 100,00 درهم عن كل يوم تتأخر فيه الشركة عن القيام بالإجراءات الضرورية لإتمام البيع، إلا أن محكمة الاستئناف اتخذت موقفا مغايرا تماما وألغت الحكم الابتدائي ورفضت الطلب، وهو نفس القرار الذي اتخذته محكمة النقض في هذا الشأن.

يستنتج من أول وهلة أن العقار المراد اقتناؤه يندرج في نوع فريد من أنواع العقارات ونخص بالذكر المرآب. وفي هذه الحالة يتوفر المرآب على رسم عقاري خاص مستقل عن الرسم العقاري المرتبط بالشقة، ومن ثم فطلب المدعيَيْن يهدف إلى التوقيع على عقد البيع النهائي للمرآب بمعزل عن العقد المخصص للشقة.[660]

استنادا إلى حيثيات القرار، يتبين أن استجابة المحكمة الابتدائية لطلب المشتريين راجع إلى كونهما قد أديا مبلغ 5000,00 درهم بواسطة وصل 190000,00 درهم مباشرة بصندوق المحكمة الابتدائية المختصة، غير أن محكمة الاستئناف عارضت التوجه الذي سارت عليه المحكمة الابتدائية عبر اعتبار الوصل وثيقة غير ثابتة التاريخ وغير متضمنة للثمن والمساحة. لم تعتد تلك المحكمة بالوصل كسند قانوني مبين لالتزامات الأطراف المتعاقدة.

ويتبين من خلال ما تقدم أن الموقف الذي اتخذته محكمة الاستئناف لا يخدم مصالح المستهلك العقاري بل يضر بها، وبالتالي نعتقد أن القرار المتخذ يظل ناقص التعليل لاعتبارين أساسيين؛ أما الأول فيتصل بوجود رابطة تعاقدية تجمع الشركة العقارية بالمشتريَيْن فعقد بيع الشقة هو منشأ العقد الثاني المتعلق ببيع المرآب.

---

[659] قرار محكمة النقض، عدد 7/39، المؤرخ في 2016/01/19، ملف مدني عدد 2015/1/1/621، الغرفة المدنية القسم السابع، غير منشور.

[660] في الواقع العملي الخاص بمجال التوثيق، نجد أن المرآب قد يندرج في الأجزاء المشتركة للعقار (les parties communes de l'immeuble)، وبالتالي قد يرد البيع على العقار بكامله ودون الحاجة إلى فرز المرآب، وفي الحالة الأخرى كما هي مبينة في القرار فإنه يتوفر على رسم عقاري خاص ومستقل عن الشقة.

يتبين أن الوصل وإن كان غير متضمن لثمن المرآب ومساحته فهو قرينة على نشوء التزام متمثل في نقل قطعة من المرآب إلى المشتريين؛ أما الاعتبار الثاني يتجلى في قلة الإقبال على تحرير مثل تلك العقود وبسبب تكلفة العقد ذاته التي يؤديها المشتري عند إبرام تلك التصرفات القانونية من لدن المحررين المعتمدين.

يتبين جليا من خلال القرارات السابقة الموقف المتخذ من قبل محكمة النقض القاضي بعدم الاعتداد بالوصل كسند قانوني منشئ للالتزامات معتبرة هذه الوثيقة العرفية مفتقدة للحجية بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير وغير متوفرة على القوة الثبوتية على خلاف العقود التمهيدية والعقود الناقلة للملكية.

هذا التوجه الذي سارت عليه محكمة النقض لا يوفر الضمانات الأساسية للمستهلك العقاري بل يعرض مصالحه للهلاك والنقصان، وكان من الأجدر بمحكمة النقض ومحاكم الموضوع الأخذ بعين الاعتبار مصالح الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وذلك في المفاوضات التمهيدية التي تسبق عملية التعاقد.

يسوغ الاعتماد على مقتضى قانوني صريح مبين في قانون الالتزامات والعقود[661] في سبيل حماية فئة الأميين الذين يقبلون على تسلم الوصل وأداء الأقساط أو المبالغ دون المعرفة الحقيقية للآثار الناتجة عن تلك العملية.

إن استغلال جهل فئة عريضة من المستهلكين العقاريين سينتج عنه اضطراب مجتمعي ولا يمكن بأي حال من الأحوال مجابهته إلا بسن مقتضيات قانونية من شأنها منح الوصل الحجية القانونية أو على الأقل توفير ضمانات حقيقية لحامل الوصل قصد استرداد التسبيقات أو رفع دعوى إتمام البيع.

في سبيل إضفاء حماية قانونية للمستهلك العقاري المتوفر على الوصل قد تتأتى عبر قبول دعوى إتمام البيع، فهذا المنطلق القانوني سيؤدي إلى بلوغ المنتهى المأمول والغرض المقصود ألا وهو تخويل المستهلك العقاري الحق في اقتناء العقار استنادا إلى الوصل.

---

[661] ينص الفصل 427 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على أنه: "المحررات المتضمنة لالتزامات أشخاص أميين لا تكون لها قيمة إلا إذا تلقاها موثقون أو موظفون عموميون مأذون لهم بذل".

خاتمة:

يظهر جليا أن هناك بونا بين النص العام والخاص تارة من خلال اعتبار الوصل وثيقة ذات حجية قانونية ترقى إلى الورقة الرسمية وتارة أخرى عبر عدم الاعتداد بها لإثبات التصرفات الناشئة بين المورد والمستهلك العقاري.

هذا التباين الكبير بين قانون الالتزامات والعقود وقانون بيع العقار في طور الانجاز يثير إشكالات قانونية حقيقية بحيث يضع القاضي في النسق العلمي التحليلي الذي يستلزم الإدراك العميق للقوانين المتصلة بالموضوع والفهم الدقيق لطبيعة الوصل والروابط التعاقدية القائمة بين المورد والمستهلك العقاري والتي تسبق إبرام عقد البيع النهائي.

من هذا المنطلق، اتخذت محكمة النقض موقفا ثابتا مؤداه عدم الاعتداد بالوصل كوسيلة لإثبات التصرفات الدائرة بين المورد والمستهلك العقاري، وبالتالي لا مجال للأخذ بالوصل أو التحجج به أمام القضاء لخلوه من الأركان الأساسية واللازمة للتعاقد.

فضلا عن كون الوصل لا يعتبر عقدا قائما بالذات، فالعبرة إذن بالتعاقد وهذا الإطار التعاقدي تم تحديده وفق مقتضيات قانون بيع العقار في طور الإنجاز من خلال الاعتماد على عقد التخصيص وعقد البيع الابتدائي بغية إنشاء الآثار القانونية التي تخول لكل من المتعاقدين الحقوق التي تضمن التوازن العقدي.

يتبين من خلال ما تقدم، أن محكمة النقض أخذت بمبدأ النص الخاص يتقدم عن النص العام لكونه منظما بصورة فعلية لإطار قانوني يخدم مصالح المورد والمستهلك العقاري على حد السواء، ويساهم في الحد من الإشكالات القانونية والواقعية التي تطرح عند الشروع في المفاوضات التمهيدية أو عند إبرام العقود الابتدائية.

من أجل تجاوز الإشكالات التي يثيرها الوصل والتي تؤدي إلى الإضرار بمصالح المستهلك العقاري وجب في رأينا الاعتماد على مقاربة شمولية ومتوازنة تحفظ ليس فحسب حقوق المورد بل تمتد إلى الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ألا وهو المستهلك العقاري.

نقترح سن مقتضى قانوني صريح مفاده بطلان الوصل وعدم الأخذ بتلك الوثيقة العرفية لإثبات التصرفات الدائرة بين المورد والمستهلك العقاري، ونقترح أيضا آداء المورد العقاري

لغرامة في حالة قبوله وتسلمه لمبالغ و أقساط دون إبرام عقود تمهيدية وعند تسليمه الوصل للمستهلك.

يجب أن تؤدى هذه الغرامة بالنظر إلى ثمن البيع الإجمالي للعقار، ومن ثم فتطبيق تلك المقتضيات القانونية المقترحة من لدننا ستؤدي بصورة فعالة وناجعة إلى حماية حقوق المستهلك العقاري الذي يجهل في أغلب الأحيان أحكام الوصل ومآل ذلك التصرف.

نقترح إنشاء هيئة رسمية من شأنها مراقبة المشاريع السكنية في طور البناء عبر البحث عن الحالات التي يتم فيها تسليم المورد العقاري للوصل، ويمكن أن يفعل هذا التدبير الوقائي من خلال التنسيق مع السلطات المحلية في سبيل المراقبة الفعلية للتصرفات الصادرة عن المورد العقاري.

نقترح كذلك إشهار المقتضى القانوني القاضي بعدم الإعتداد بالوصل وبطلانه لدى وسائل الإعلام السمعية والبصرية والجرائد المكتوبة والإلكترونية، وعليه فهذا الإشهار سيكون له وقع كبير على تبصرة المستهلك العقاري وتنويره وإعلامه بالأخطار التي تتصل بالوصل والمآلات القانونية التي تلقي بظلالها على هذا التصرف.

لائحة المراجع:

مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة لنيل الماستر في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، 2014.

أيمن أحمد الدلوع وجهاد مغاوري شحاتة وشامل سليمان عسلة، الممارسات القانونية والتدريبات العملية، الرياض، مكتبة القانون والاقتصاد الطبعة الأولى، 2019.

عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزامات: نظرية العقد، الجزء الأول، بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر.

رمزي ساسي، إشهار الحق العيني العقاري، تونس، المجمع الأطرش للكتاب المختص، الطبعة الأولى، 2015.

محمد الكشبور، بيع العقار بين الرضائية والشكل: دراسة في أحكام الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي وفي مواقف القضاء الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، ط 1، 1997.

جيهان بونبات، مركز الكتابة والتسجيل في عقود تفويت العقارات، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2010-2011.

قرار محكمة النقض، عدد 7/89، المؤرخ في 2016/02/09، ملف مدني عدد 2015/7/1/839، الغرفة المدنية القسم السابع، غير منشور.

قرار محكمة النقض، عدد 7/39، المؤرخ في 2016/01/19، ملف مدني عدد 2015/1/1/621، الغرفة المدنية القسم السابع، غير منشور.

قرار محكمة النقض، عدد 7/39، المؤرخ في 2016/01/19، ملف مدني عدد 2015/1/1/621، الغرفة المدنية القسم السابع، غير منشور.

الدكتور أحمد حجازي

حاصل على شهادة الدكتوراه في القانون العام

أستاذ الثانوي التأهيلي



Exercise of the right to strike in Morocco

مقدمة:

يعد الحق في ممارسة الإضراب وسيلة بيد الطبقة العاملة تعبر من خلالها عن غضبها من أمر ما، أو تهدف من خلال اللجوء إليها إلى تحقيق بعض مطالبها. ويشكل الإضراب بهذا المعنى أحد تجليات الحرية النقابية، والذي تلجأ إليه الحركة النقابية للدفاع عن حقوقها المادية والمعنوي. وقد درج الفقه على تعريف الإضراب بأنه توقف جماعي عن العمل يمارسه الأجراء أو المنظمات التي تمثلهم بغرض حماية مصالحهم المادية والمعنوية الناتجة عن علاقة الشغل أو المرتبطة بها[662].

وقد نص العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الصادر في 16 ديسمبر في المادة 8 على أن تتعهد الدول الأطراف في العهد بتأمين حق الإضراب شريطة استعماله وفقا لقوانين البلد المعني.

والإضراب بذلك يشكل أكبر خطر يهدد استمرارية المرافق العمومية، على اعتبار الأهمية المتزايدة للخدمات المقدمة من طرف المرافق العمومية كمرفق توزيع الماء والكهرباء، والنقل، والتعليم، وغيرها.

سؤال الاستمرارية إذن ينبغي ألا يتم الالتفاف حوله حتى لا تضيع حقوق الموظف العمومي، خاصة وأن الوثيقة الدستورية حرصت على ضمان هذا الحق (مطلب أول)، غير أن اجتهادات القضاء الإداري في هذا الباب لم تكن مستقرة، مما يفرض دراسة ممارسة الإضراب بين الواقع العملي واجتهاد القضاء الإداري (مطلب ثاني).

---

[662] - الحق في ممارسة الإضراب في ضوء المعايير الدولية، ورقة تأطيرية من تقديم مجلس المستشارين، البرلمان، المملكة المغربية، منشورات مركز الدراسات والبحوث في الشؤون البرلمانية بدعم من مؤسسة وستمنستر للديمقراطية، ويمكن الاطلاع على الورقة من خلال الرابط التالي: http://chambredesconseillers.m .
تاريخ الاطلاع 2024/01/29 على الساعة 12:00



وعلى ضوء ما سبق تتبادر إلى الأذهان إشكالية مركزية يمكن بسطها كالآتي: ما مدى شرعية ممارسة حق الإضراب على ضوء تطبيقات القضاء الإداري؟

وعن هذه الإشكالية تتفرع التساؤلات الآتية: ما موقف القضاء الإداري الفرنسي من ممارسة حق الإضراب؟ كيف يمكن التوفيق بين ممارسة حق الإضراب واستمرارية المرافق العمومية؟

وللإجابة على التساؤلات السابقة عمدت هذه الورقة إلى تقسيم الموضوع إلى المحورين الآتيين: المحور الأول: شرعية ممارسة حق الإضراب. المحور الثاني: ممارسة الإضراب من خلال اجتهاد القضاء الإداري.

وتحاول هذه الورقة إبراز شرعية ممارسة حق الإضراب، مع تسليط الضوء على اجتهادات القضاء الإداري المغربي في هذا الباب.

المحور الأول: شرعية ممارسة حق الإضراب

ظلت ممارسة حق الإضراب في العديد من التشريعات حبيسة هواجس استمرارية المرافق العمومية، ففي فرنسا ولسنوات طويلة قبل 1946، وعلى الرغم من كون التشريع الجنائي الفرنسي لم يعتبر الإضراب جريمة جنائية، فإن مجلس الدولة الفرنسي قضى بأن الإضراب يعد عملا غير مشروع (قضية Winkell)[663]، هذا الاتجاه استمر عليه مجلس الدولة الفرنسي، وذلك حتى صدور دستور الجمهورية الرابعة في أكتوبر 1946، الذي نص في مقدمته صراحة على أن "حق الإضراب يجب أن يمارس في حدود القانون"[664].

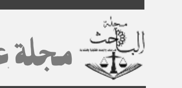
وهو ما أثار نقاشا وجدلا كبيرا، وهو ما حسم فيه مجلس الدولة في قضية "Dehaene" والتي يستنتج من خلالها أن الإضراب حق، لكن استمرارية المرافق العمومية تقتضي تنظيمه وتقييده، ولا يعني ذلك إهدار هذا الحق، بل تنظيمه وفقا للصالح العام.

ويستنتج من قضية "Dehaene" والنصوص اللاحقة ما يلي:

---

[663] - كومغار إبراهيم، المرافق العامة الكبرى على نهج التحديث، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2009، ص77- 79.

[664] - الأعرج محمد، القانون الإداري المغربي، سلسلة مواضيع الساعة، عدد 106، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، الرباط، 2021، ص 465-466.



◄ الإضراب لم يعد محرما في جميع القطاعات كما كان الأمر قبل 1949، لكن بإمكان الحكومة أن تمنعه في بعض المجالات كالقضاء مثلا.

◄ تحريم الإضرابات السياسية كما تمنع الإضرابات المتتابعة طبقا للنص التنظيمي الصادر بتاريخ 31 يوليوز 1963.

◄ لتفادي الآثار السلبية للإضراب، يمكن للحكومة اتخاذ التدابير الكفيلة للتخفيف من وطأتها كتعيين موظفين مؤقتين مثلا.

◄ تعميم الأحكام التي أقرها حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية "ديهين" بالإضافة إلى موظفي الدولة، تطبق على موظفي الجماعات المحلية وعلى العاملين في المرافق العمومية الصناعية والتجارية، بصرف النظر عن شكلها القانوني[665].

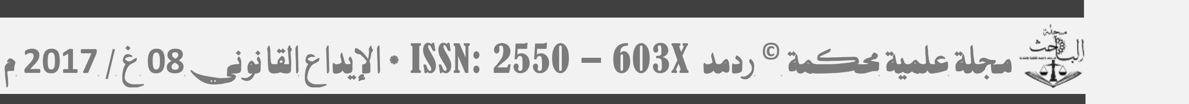
وبالرجوع إلى التشريع المغربي، فقد أثار الإضراب جدلا كبيرا، وذلك منذ إصدار مرسوم 5 فبراير 1958، والذي نص في فصله الخامس: "كل توقف عن العمل بصفة مدبرة وكل عمل جماعي أدى إلى عدم الانقياد بصفة بينة يمكن المعاقبة عنه علاوة على الضمانات التأديبية، ويعم هذا جميع الموظفين"[666].

لكن وبعد صدور أول دستور مغربي بتاريخ 14 دجنبر 1962 سيتواصل الجدل، فالفصل 14 من هذا الدستور أكد على أن حق الإضراب مضمون، وهو ما سيتم تأكيده خلال الدساتير المتعاقبة 1970 – 1972 – 1992، ودستور 1996 في الفصل 14 أيضا والذي أكد على أن "حق الإضراب مضمون، وسيبين قانون تنظيمي الشروط والإجراءات التي يمكن معها ممارسة هذا الحق"، هذا التحديد حافظ عليه دستور المملكة المغربية لعام 2011، فقد نص بدوره الفصل 29 من هذا الأخير على أن" حق الإضراب مضمون، ويحدد قانون تنظيمي شروط وكيفيات ممارسته.".

---

665 - كومغار إبراهيم، مرجع سابق، ص 82-81.

666 - القريشي عبد الواحد، القضاء الإداري ودولة الحق والقانون بالمغرب، ، مطبعة الشركة المغربية لتوزيع الكتاب، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2009، ص 187.



وضمانا لمبدأ استمرارية المر افق العمومية، ونظرا لحساسية الخدمات المقدمة من قبل بعض المر افق، فقد قام المشرع المغربي بمنع الإضراب على بعض الفئات، وهم المتصرفون بوزارة الداخلية، موظفو إدارة السجون، رجال القضاء[667].

وجدير بالإشارة أنه إذا كان القانون الجنائي المغربي يعاقب على المس بحرية العمل من خلال الفصل 288 من القانون الجنائي وذلك بالحبس من شهر واحد لسنتين وبغرامة من مائتين إلى خمسة آلاف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين، فإن المشرع المصري يعتبر الإضراب جريمة أيا كانت الصورة التي تم بها صراحة أو على شكل استقالة[668]، غير أن الدستور المصري المعدل لعام 2019 نص في المادة 15 على أن الإضراب السلمي حق ينظمه القانون[669].

وعلى الرغم من التنصيص السابق فإن ممارسة حق الإضراب تشوبه إشكالات عملية، خاصة وأن الإدارة المغربية غالبا ما تواجه الموظفين بحجة الأجر مقابل العمل، هذه الحجة تعتمدها الإدارة كسند لمباشرة الاقتطاعات من أجور المضربين، وهو ما يجعل من الإضراب حقا مؤجلا ينأى العديد من الموظفين عن ممارسته حتى لا تتعرض أجرته الشهرية للاقتطاع، كما أن الإدارة التي باشرت مسطرة الاقتطاع لا تعلل قراراتها، ويجد الموظف نفسه تائها بين البنك و ووزارة المالية، ولا يعرف سبب الاقتطاع من أجرته، مع العلم أن الإدارة ملزمة بتعليل قراراتها، ولو حاول الموظف مراسلة وزارة المالية لمعرفة أسباب الاقتطاع، وذلك من خلال موقع الخزينة العامة للمملكة، فإن صعوبات تقنية تعترضه وتحرمه من التسجيل في الموقع، و هنا لا بد من تبسيط المساطر، خاصة و ان النموذج التنموي الجديد أكد على أن تكون الإدارة في خدمة المواطن، و أن تستغل الإدارة الفرص الواعدة التي تتيحها الرقميات من أجل تخليق المرفق العام.

هكذا وأمام عقوبة الاقتطاع التي تباشرها الإدارة يجد الموظف المضرب نفسه ملزما للجوء إلى القضاء لإنصافه.

المحور الثاني: ممارسة الإضراب من خلال اجتهاد القضاء الإداري.

667 - كومغار إبراهيم، مرجع سابق، ص 88.

668 -أنظر المادة 124 من قانون العقوبات المصري.

669 - دستور جمهورية مصر العربية وفقا للتعديلات الدستورية التي أدخلت عليه في أبريل 2019.

تضاربت الاجتهادات القضائية في هذا الباب، ولم يتواتر اجتهاد الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى على اتجاه معين، فتارة يتم الانتصار للاتجاه المؤيد لممارسة حق الإضراب استنادا إلى المعطى الدستوري، وتارة يتم الانتصار للاتجاه المعارض لحق الإضراب استنادا إلى مرسوم 1958.

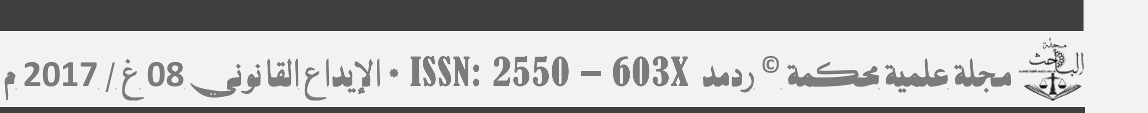
وهكذا صار المجلس الأعلى على الاتجاه الأخير بمناسبة نظره في القضية الشهيرة محمد الحيحي الذي كان قد شارك في حركة إضراب جماعي عن العمل كأستاذ في وزارة التربية الوطنية والشبيبة والرياضة وذلك بتاريخ 25 مارس 1960، حيث تم إيقافه عن العمل بدون راتب من طرف وزير التربية الوطنية والشبيبة والرياضة، فطعن السيد الحيحي في قرار الإدارة أمام الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى[670]، ومما جاء في حيثيات القرار: "وحيث و إنه من جهة أخرى، فإن الفصل 5 من المرسوم السالف الذكر الذي يستبعد الضمانات التأديبية في حالة الإضراب المدبر عن العمل، لا يمكن اعتباره ملغى ضمنيا لكون ظهير 24 فبراير 1958 المتعلق بالوظيفة العمومية واللاحق له، لا ينص على أية حالة تعفى فيها الإدارة من اتباع الإجراء التأديبي الواجب قبل إصدار أي جزاء، الواقع أن الموظفين العموميين عند إضرابهم عن العمل جماعيا لا يرتكبون فقط خطأ شخصيا شنيعا، بل يضعون أنفسهم خارج نطاق تطبيق المقتضيات القانونية المتعلقة بالوظيفة العمومية، تلك المقتضيات التي تضمن حقوقا يقابلها الالتزام بالممارسة الفعلية والمستمرة للوظيفة باستثناء التغيبات المبررة[671]. هذا الاجتهاد الفريد للمجلس الأعلى بخصوص ممارسة حق الإضراب جعله عرضة للانتقاد من قبل الفقه والذي اعتبره قرارا استثنائيا[672].

هذا الموقف هو مطابق تماما لما ورد في البلاغ الحكومي على إثر التهديدات بإضراب 14-12-1990 والصادر في 5-12-1990، ومما جاء فيه: "إن قانون الوظيفة العمومية ومستلزمات السير الطبيعي والمستمر للمصالح العامة الحيوية لا تبيح اللجوء إلى الإضراب فعلا

[670] - كومغار إبراهيم، المرافق العامة الكبرى على نهج التحديث، م.س، ص 86.

[671] - قرار عدد 135 بتاريخ 17 مارس 1961 أورده الأعرج محمد، المرافق العامة بالمغرب، مرجع سابق، ص467.

[672] - العتيقي عبد العزيز، الإضراب والاقتطاعات من الأجرة، سؤال المشروعية؟ المرشد التضامني، مطبعة النجاح الجديدة، 2008-2009، ص 42.



وقانونا"[673].مما جعل الأستاذ عبد القادر باينة يعتبر هذا القرار غير شرعي، وكل ما نتج عنه هو غير شرعي[674].

وبناء على ما سبقت الإشارة إليه فإنه كان حريا على الإدارة اتخاذ التدابير اللازمة للمحافظة على الأمن والنظام والملكية الخاصة، بدل اللجوء إلى تحريم الإضراب، وفي هذا السياق صدر قرار عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى قضت فيه بتأييد الحكم المستأنف القاضي بأداء تعويض إجمالي لفائدة المتضرر استنادا إلى الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود، ومما جاء في حيثيات القرار: "... وحيث تبين من مذكرة جواب الوكيل القضائي في المرحلة الابتدائية أن الدولة كانت على علم بوقوع الإضراب بتاريخ 1990/12/14، ومع ذلك لم تتخذ الاحتياطات اللازمة لتفادي وقوع الضرر، الشيء الذي حصل بالفعل وتحول الإضراب إلى مظاهرات وتجمهر وشغب... ومن جهة أخرى فالمحكمة لم تعتمد في حكمها فقط على محضري الضابطة القضائية ولجنة التقصي، بل كذلك على إقرار الدولة بوقوع الإضراب... وتحوله إلى أحداث تضررت منها مدينة فاس، ولذلك لم تحرف ما احتج به، وكان ما أثير عديم الأساس... ولهذه الأسباب قضى المجلس الأعلى بتأييد الحكم المستأنف"[675].

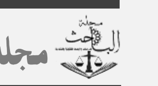
ويمكن القول في هذا الباب أن الموقف الحكومي السابق هو قراءة سياسية أكثر منه قراءة قانونية لنصوص تشريعية، مما يفرض على المجلس الأعلى للسلطة القضائية وعلى المحاكم الإدارية إعادة النظر في موقفها بخصوص حق الإضراب، وهو ما نلمسه من خلال حكم المحكمة الإدارية بمكناس، ومما جاء في الحكم: "حق الإضراب حق دستوري أكدته جميع الدساتير المتعاقبة... عدم صدور تشريع تنظيمي يحدد كيفية ممارسة حق الإضراب لا يعني إطلاق هذا الحق بلا قيود، بل لابد من ممارسته في إطار ضوابط تمنع من إساءة استعماله وتضمن انسجامه مع مقتضيات النظام العام والسير العادي للمرافق العمومية على نحو لا يمس سيرها المنتظم بشكل مؤثر. عدم ثبوت كون الإضراب الذي خاضه الطاعن فيه خروج عن الضوابط المذكورة،

---

673 - العتيقي عبد العزيز، م.س، ص 42.

674 - الأعرج محمد، المرافق العامة بالمغرب، مرجع سابق، ص 469.

675 - قرار عدد 615 الصادر بتاريخ 9 يوليوز 2008 في الملف عدد 2006/2/4/546 منشور في نشرة قرارات المجلس الأعلى، نشرة متخصصة، السلسلة الأولى، الجزء الأول، 2009، ص 142 وما يليها.



لذلك لا يمكن اعتباره تقصيرا في الواجب المهني، وبالتالي تكون عقوبة الإنذار على هذه الواقعة لاغية"[676].

غير أن ممارسة حق الإضراب تفرض التقيد بشكليات معينة تفرضها اعتبارات النظام العام وحسن سير المرفق العام، ولعل أهم هذه الشكليات هي نظام الإخطار، وهو الأمر الذي أشار إليه حكم المحكمة الإدارية بالرباط: "... وبالتالي فإن إضراب فئة عريضة من الأساتذة (22866 أستاذ) مرة واحدة دون إخطار الجهات الإدارية المعنية بشكل أدى إلى توقيف العمل بمرفق هام، ألا وهو مرفق التعليم وماله من انعكاسات سلبية على المجتمع، لمن شأنه المساس بشكل كبير بهذا المرفق ويجعل بالتالي الغياب عن العمل لأجل ممارسة الإضراب خارج الضوابط المشار إليها غير مبرر، وبالتالي يكون تفعيل الإدارة لمقتضيات مرسوم 10 ماي 2000 قد تم في إطار المشروعية"[677].

سؤال المشروعية هو الذي يحيلنا على إشكال آخر يتعلق بممارسة حق الإضراب، وهو الاقتطاع من أجور الموظفين المشاركين في الإضراب، هل يحق للإدارة أن تباشر الاقتطاعات من أجور الموظفين المضربين بدعوى التغيب غير المبرر عن العمل، وبالرجوع إلى قانون الوظيفة العمومية، فإنه لم يشر إلى الإضراب باعتباره تغيبا غير مبرر، مما يجعل الاقتطاع من الأجرة يحمل في طياته حمولة تعسفية بعيدة عن إطار المشروعية[678]، مما يفرض على المضربين المتضررين في هذه الحالة رفع دعاوى إدارية في مواجهة الإدارة المتعسفة، ذلك أنهم في وضعية نظامية وليس تعاقدية، كما أن مبدأ "لا أجر بدون عمل" يطبق في قانون الشغل وليس من أدبيات القانون الإداري[679]، مما يجعل تصرف الإدارة في هذه الحالة غير مشروع.

والخلاصة أن المشروعية تقتضي التوفيق بين متطلبات دوام سير المرفق العمومي بانتظام واضطراد دون إهدار مصالح المضربين.

---

[676] - حكم المحكمة الإدارية بمكناس عدد 2003/63 غ بتاريخ 2001/07/12 أورده القريشي عبد الواحد، القضاء الإداري ودولة الحق والقانون بالمغرب، مرجع سابق، ص 188.

[677] - حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 148 بتاريخ 2006/2/7، المرشد التضامني، 2008-2009، مرجع سابق، ص 44 وما يليها.

[678] - العتيقي عبد العزيز، الإضراب والاقتطاعات من الأجرة سؤال المشروعية؟ مرجع سابق، ص 38.

[679] - العتيقي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 43.

وحتى لا تبقى ممارسة حق الإضراب حبيسة تأويلات فضفاضة لمفهوم النظام العام، وحتى لا يبقى الإضراب ورقة سياسية تعيد التوازنات في العلاقة بين الحكومة والبرلمان، على الحكومة أن تفتح حوارا جادا مع باقي الفرقاء الاجتماعيين من أجل صياغة قانون تنظيمي لحق الإضراب.

لائحة المراجع

- الحق في ممارسة الإضراب في ضوء المعايير الدولية، ورقة تأطيرية من تقديم مجلس المستشارين، البرلمان، المملكة المغربية، منشورات مركز الدراسات والبحوث في الشؤون البرلمانية بدعم من مؤسسة وستمنستر للديمقراطية، ويمكن الاطلاع على الورقة من خلال الرابط التالي:http://chambredesconseillers.ma

- كومغار إبراهيم، المرافق العامة الكبرى على نهج التحديث، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2009.

- الأعرج محمد، القانون الإداري المغربي، سلسلة مواضيع الساعة، عدد 106، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، الرباط، 2021.

- القريشي عبد الواحد، القضاء الإداري ودولة الحق والقانون بالمغرب، ، مطبعة الشركة المغربية لتوزيع الكتاب، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2009.

- دستور جمهورية مصر العربية وفقا للتعديلات الدستورية التي أدخلت عليه في أبريل 2019.

- العتيقي عبد العزيز، الإضراب والاقتطاعات من الأجرة، سؤال المشروعية؟ المرشد التضامني، مطبعة النجاح الجديدة، 2008-2009.

- نشرة قرارات المجلس الأعلى، نشرة متخصصة، السلسلة الأولى، الجزء الأول، 2009.

الأستاذ يوسف جعفار
باحث بسلك الدكتوراه كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
السويسي جامعة محمد الخامس الرباط



المعيقات العملية لمنطلقات مطلب التحفيظ العقاري

Practical obstacles to the principles of the real estate memorization requirement

مقدمة:

يلعب العقار دورا محوريا ومهما في تحقيق التنمية المستدامة في شتى تجلياتها، باعتباره الأرضية الأساسية التي تنبني عليها السياسات العمومية للدولة في مختلف المجالات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية، وذلك من خلال توفر الوعاء العقاري اللازم لإنجاز البنيات التحتية الأساسية والمرافق العمومية، وتوفر السكن المتنوع الذي يستجيب لحاجيات مختلف الفئات الاجتماعية، فضلا عن دعم الاستثمار المنتج في مختلف الصناعة والسياحة والخدمات وغيرها.[680]

وتحقيقا للغايات المتوخاة منه اهتم المشرع المغربي بالعقار، فقام منذ بداية القرن العشرين على إرساء نظام جديد، وهو نظام التحفيظ العقاري يروم الضبط القانوني والمادي للعقار لتيسير عمليات التداول به، وهو ما تحقق من خلال مقتضيات ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري المعدل والمتمم بقانون 17.04، وكذا القرارات الوزارية المرتبطة به[681]، والتي تصب جميعها في اتجاه توفير رسم للملكية يضبط بصفة نهائية العقار ومشتملاته والحقوق المنصبة عليه وكذا التحملات التي تثقله، وذلك بعد إخضاعه لمسطرة التطهير يكون بعدها مهيأ لإشهار الحقوق والتحملات التي ترد عليه، مع الاحتفاظ لهذه التقييدات اللاحقة بطابع الحجية والقوة الثبوتية عليه.

---

[680] المملكة المغربية، رئاسة الحكومة، المناظرة الوطنية في موضوع السياسة العقارية للدولة ودورها في التنمية الإقتصادية والاجتماعية، تقرير تركيبي حول واقع قطاع العقار، دجنبر 2015.

[681] راجع الظهير الشريف الصادر في 12 أغسطس 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري وكذا الظهير الشريف الصادر في 2 يونيو 1915 المحدد للمقتضيات المطبقة على العقارات المحفظة (تم نسخه) بالإضافة إلى الظهير الشريف الصادر في 1 يونيو 1915 الصادر بشأن تطبيق بعض المقتضيات الانتقالية (تم نسخه)، وأيضا الظهير الشريف المؤرخ في 29 دجنبر 1953 بشأن تحديد اختصاصات ومهام المحافظ العام. وبالنسبة للقرارات الوزارية أنظر القرار الوزاري المؤرخ في 3 يونيو 1915 المحدد لتفاصيل تطبيق مقتضيات التحفيظ العقاري، وكذا القرار الوزاري المؤرخ في 4 يونيو 1915 المتعلق بتنظيم مصلحة المحافظة العقارية لا زال ساريا بها إلى غاية يومه.



ومن خصائص نظام التحفيظ العقاري في المغرب يقوم على ازدواجية الاختصاص وثنائية الهيئة (إدارية وقضائية) وهكذا وزع المشرع الأدوار بين المحافظ العقاري والقضاء بشكل يتسع أو يضيق بحسب ما إذا كانت العقارات والحقوق المرتبطة بها محل نزاع أم لا؟

إن ازدواجية الاختصاص تشكل ضمانة هامة لسلامة نظام التحفيظ العقاري ببلادنا، المنصهر بدوره في منظومة دولة الحق والقانون، وإذا كان نظام التحفيظ العقاري منوط بهيئتين الأولى إدارية والثانية قضائية، فإن المحافظ العقاري كهيئة إدارية هو الملزم أصلا بالسهر على تطبيق كل القوانين والمقتضيات المتعلقة بالنظام المذكور وبالمسطرة الإدارية للتحفيظ وهو ما سنقتصر على معالجته ضمن هذا المقال نظرا لأهمية المرحلة الإدارية في تحقيق وضبط المساحة من خلال مسطرة التحديد، وتطهير الملك من الشوائب العالقة به من خلال مسطرة الإشهار والتعرض.

وما يزيد من أهمية البحث في نظام التحفيظ العقاري التعديل الذي عرفته الترسانة القانونية المؤطرة للمادة العقارية بمقتضى القانون رقم 14.07 [682] الذي تمم وعدل الظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري.

وإن قراءة متفحصة ومتأنية للنصوص التشريعية الجديدة نثمن المجهودات المبذولة في تجاوز الإشكالات القانونية، التي كانت تعترض مسطرة التحفيظ ونخص بالذكر هنا المرحلة الإدارية باعتبارها هي الأصل تحت إشراف المحافظ العقاري كهيئة إدارية الملزم أصلا بالسهر على تطبيق كل القوانين والمقتضيات المتعلقة بالنظام المذكور وبالمسطرة الإدارية للتحفيظ وهذا ما سننكب على دراسته من باب الأولوية تاركين البحث في المسطرة القضائية للتحفيظ وذلك من خلال الوقوف على بعض الإشكالات العملية الأكثر أهمية التي تطرحها تطبيق النصوص القانونية وتعترض الحياة العملية لتفعيل المسطرة الإدارية للتحفيظ العقاري وذلك وفق التصميم التالي: الفقرة الأولى: الإشكالات العملية المرتبطة بطالب التحفيظ. الفقرة الثانية: الإشكالات العملية المرتبطة بالإشهار والتحديد.

الفقرة الأولى: الإشكالات العملية المرتبطة بطالب التحفيظ.

---

[682] القانون رقم 14.07 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.177 بتاريخ 22 نونبر 2011، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5998، بتاريخ 24 نونبر 2011، 5575.

بما أن التحفيظ هو مبدئيا عمل اختياري، فإن الخطوة الأولى للدخول في هذا النظام ينبغي أن تأتي من جانب المالك حينما يقرر ويختار تطبيق مقتضيات ظهير التحفيظ العقاري بشأن عقاره، وهذه الخطوة تكون بواسطة مطلب التحفيظ يقدم إلى المحافظة العقارية المختصة من طرف المالك نفسه، أو من ينوب عنه قانونا، ويعتبر هذا الطلب بمثابة تصريح يبدي فيه طالب التحفيظ رغبته وعزمه على تحفيظ عقاره و إتباع الإجراءات المتطلبة لذلك.[683]

ومن جهة ثانية لا يقتصر طالب التحفيظ بمناسبة التعريف بالملك على تقديم بيانات مجردة، و إنما يجب أن يستند على وثائق وسندات مكتوبة، تثبت الملك ابتداء، وتبرر إجراءات التحفيظ وعليه سنتطرق لشرط الصفة في إيداع مطلب التحفيظ (أولا) وعن مؤيدات وحجج طلب التحفيظ والإشكالات المثارة بشأنهما في (ثانيا).

أولا: إشكالات شرط الصفة ودورها المحوري.

طالب التحفيظ هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي له حق إيداع مطلب التحفيظ لفائدته، وقد حدده المشرع بالنظر للصفة التي تربطه بالملك موضوع التحفيظ فهناك:

المالك:

هو الشخص الذي يبسط سلطاته القانونية والمادية على ملكه، ويعتبر تقديم طلب للتحفيظ ضمن هذه السلطات، والمالك المقصود حسب الفقرة الأولى من الفصل 10 هو المالك الظاهر الذي يعلن عن نفسه بهذه الصفة بناء على تصريحاته وحججه ما لم يثبت عكسها سواء كان راشدا أو قاصرا، حاملا لجنسية مغربية أو أجنبية، كما أن هذه الصفة في إطار هذا النص تنسحب على حق الملكية فقط، ولو فقد أحد عناصرها فالعبرة بملكية الرقبة.[684]

أما طبيعة شخصية المالك فتختلف كونها ذاتية أو معنوية، فإذا كان شخصا ذاتيا فيصرح بحالته المدنية، وإذا كان شخصا معنويا فيجب التصريح بممثله القانوني الذي ينتصب كمخاطب ويتابع مسطرة التحفيظ ويوقع نيابة عن الشخص المعنوي الذي يمثله، وتتحدد نطاق سلطة الممثل القانوني في عملية التحفيظ من خلال القانون بالنسبة للأشخاص

683 محمد خيري، م س، ص 148.

684 يوسف مختري، حماية الحقوق الواردة على العقار في طور التحفيظ،،الطبعة الأولى، مطبعة المعارف الجديدة الرباط،،سنة 2016،ص40.

المعنوية العامة وبواسطة بعض الوثائق الخاصة بتأسيس ونشاط الأشخاص المعنوية والخاصة.[685]

من خلال الممارسة العملية تطرح مؤسسة المالك إشكالات قانونية تطال الشخص الذاتي أمام المحافظة العقارية أثناء تقدم الغير بالطلب نيابة عن المالك بواسطة وكالة عرفية، إذ يبقى توقف قبول مطلب التحفيظ رهين بالسلطة التقديرية للمحافظ وهل يخضع للمر اقبة الإدارية وهل يسري على توثيق الوكالة موضوع التحفيظ لمقتضيات المادة الر ابعة من مدونة الحقوق العينية بضرورة إخضاعها للرسمية عن طريق توثيقها من طرف عدل أو موثق أو بواسطة المحرر الثابت التاريخ من طرف المحامي المقبول لدى النقض.

فالملاحظ أن عملية التحفيظ العقاري ظاهريا أنها تدخل ضمن التصرفات الإدارية، وبالتالي لا مانع من رفع المشقة والحرج عن المالك وقبول طلب التحفيظ من طرف موكله بواسطة وكالة عرفية بإعتبار التصرفات الإدارية ترجع بالنفع على الموكل، لكن بالنظر إليها من زاوية التصرفات القانونية بحكم موضوع الوكالة ينصب على الملكية وقيمتها وحجمها، يقتضي إحاطتها بالحماية القانونية اللازمة لما قد تعترض المسطرة الإدارية من صعوبات كالتعرض وتهديد الملكية العقارية لطالبها وتعرض مصالحه للضرر يقتضي الأمر الزيادة في الإثبات وبالتالي تعزيز حماية ملكيته بواسطة وكالة رسمية أو محرر ثابت التاريخ من طرف محامي مقبول لدى النقض، تتضمن أهم البيانات حول العقار وحدود التصرف القانوني للوكيل كرفع التعرض وقبول الصلح والتنازل والتقاضي.

كما أن هناك إشكال قانوني أخر يتسرب لصفة طالب التحفيظ في حالة التقدم من طرف النائب الشرعي[686] سواء كان وليا أو وصيا أو مقدما بمطلب التحفيظ نيابة عن القاصر حسب مقتضيات المادة 233 من مدونة الأسرة "للنائب الشرعي الولاية على شخص القاصر وعلى أمواله إلى بلوغه سن الرشد القانوني..." فالتساؤل القانوني المطروح حول مدى جواز تقديم طلب التحفيظ من طرف ناقص الأهلية بنفسه محجوزا عليه أو قاصرا؟ وهل يتطلب قيام هذا التصرف من طرف النائب الشرعي بناءا على الحصول على ملف النيابة الشرعية من لدن القاضي المكلف بشؤون القاصرين والإدلاء به ضمن الوثائق المرفقة بالملف وخضوعه للرقابة

---

685 يوسف مختري، مرجع سابق،ص 41.
686 النيابة الشرعية عن القاصر إما ولاية أو وصاية أو تقديم.



القبلية والبعدية للقضاء؟ أم أن هذا التصرف يخرج عن نطاق تطبيق هذا الإجراء القانوني وبالتالي يكفي للنائب الشرعي التقدم بالطلب بإسم القاصر دون فتح ملف النيابة الشرعية؟

بالرجوع إلى الفصل 12 من ظهير التحفيظ العقاري كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 حيث أجاز هذا الفصل للنائب الشرعي وحده تقديم مطلب التحفيظ في اسم المحجور أو القاصر ولم يشر النص إلى إمكانية تقديم الطلب من طرف الشخص المعني مباشرة بنفسه، فالعبارة المستعملة في الفصل 12 تفيد المنع من تقديم مطلب التحفيظ وهذا المنحى اتجهت إليه محكمة الإستئناف بالرباط عندما ذهبت إلى القول بأن "التشريع العقاري يمنع القاصر من تقديم طلب التحفيظ وهذا يختلف عن نظام التقييدات إذ أن المادة 78 من ظهير التحفيظ العقاري خولت للقاصر حق تقييد حقه الوارد على العقار المحفظ لأن التقييد هو الذي ينشئ الحق....كما عملت هذه المادة على توسيع دائرة الأشخاص الذين بإمكانهم طلب تقييد حقوق القاصر حفاظا عليه".[687]

الشريك في الملك:

يمكن أيضا تقديم طلب التحفيظ من طرف الشريك في الملك المشاع، الذي يصرح بشركائه الآخرين، وحيث يتعين في هذه الحالة تحديد نسب تملك كل واحد من الشركاء، تبعا لما تتضمنه الحجج المؤيدة، أما إذا لم تتضمن هذه الحجج أية إشارة لنسب تملك الشركاء، كالحالة التي يتقدم فيها مجموعة من الورثة على الشياع بمقتضى عقد صدقة من طرف والدهم المتوفى بمطلب التحفيظ دون الإشارة إلى النسب المتصدق بها هل بنسب متساوية بين الذكر والأنثى أم بنسبة الإرث للذكر مثل حظ الأنثيين.

لكن الإشكال المطروح هنا هل المحافظ ملزم بقبول الطلب بنسب متساوية أم بنسبة التفاضل على أساس الإرث للذكر مثل حظ الأنثيين؟

للجواب على هذا الإشكال، ففي حالة وجود شك فالمحافظ لا يندرج ضمن مهامه تحديد الأنصبة في حالة الشك وعدم التحقق فهذا من العمل القضائي فوحده المختص بالتحري والتأكد من الأمر وهذا ما سار عليه القضاء المغربي في أحد قراراته[688] الذي رفض تطبيق قاعدة

[687] قرار محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 1950/7/3 مأخوذ عن إدريس الفاخوري، نظام التحفيظ العقاري وفق مستجدات القانون 14.07 ،مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء،طبعة 2017،ص 29.

[688] المجلس الأعلى عدد 3593 بتاريخ 2008/10/22، منشور بمجلة الإجهاد القضائي العدد 2 (م س) ص. 233.

للذكر مثل حظ الأنثيين لتحديد أنصبة الإخوة بعلة أن سند ملكيتهم هو ملكية – أي بينة بالحيازة الإستحقاقية – وخالية من ذكر الأسهم وليس بسبب الإرث.

ومع ذلك يبدو أن عدم الحصول على مو افقة جميع الشركاء في قرار إيداع مطلب التحفيظ قد لا يتفق مع مبدأ الإختيارية في التحفيظ، الذي يأخذ به المشرع المغربي مبدئيا، كما أن عملية التحفيظ قد لا تعود بالنفع دائما على باقي الشركاء، حيث يحتمل تضررهم من تبعات إجراءات مسطرة التحفيظ، ومن قبيل ذلك تلقي تعرضات للمطالبة بالملك المشاع، أو أحد الحقوق العينية الواردة عليه، وما يستتبع ذلك من إحالة النزاع على القضاء المختص للبث فيه، وهذا ما يحتاج إلى أعباء وتكاليف وربما يضيع الملك المشاع نتيجة استحقاقه لفائدة المتعرضين.[689]

فكما هو معلوم تعتبر عملية التحفيظ سببا مباشرا في إثارة المنازعات النائمة أو المؤجلة، وأداة مؤثرة قد تقلب المراكز القانونية للمتدخلين فيها، من هذا المنطلق قيل بأن طلب التحفيظ من أعمال يجب التصرف يجب فيها مو افقة جميع الشركاء طبقا، للفصل 972 من ظ.ل.ل لكن في الو اقع قلما يحصل الإجماع بين الشركاء للقيام بهذا الغرض، حيث يفضل أكثرهم الخضوع لقواعد العقار الغير المحفظ، في هذا الصدد نشير إلى خصوصية القانون اللبناني الذي اعترف للشريك بطلب إجراء المسح الإختياري لكن مع الاحتفاظ بحق الإعتراض لكل شريك في الملك الشائع، ورغم عدم وجود نص صريح مماثل في التشريع المغربي، إلا أن مسؤولين إداريين لم يروا مانعا من تعرض الشريك على شركائه في الملك.[690]

المتمتع بحق عيني وارد على حق الملكية:

استثناء من القاعدة العامة التي تخص المالك بتقديم طلب للتحفيظ، منح المشرع المستفيد من حق الانتفاع أو حق السطحية أو الكراء الطويل الأمد أو الزينة أو الهواء والتعلية أو الحبس أو حق ارتفاق عقاري أن يتقدم بدوره بطلب التحفيظ، وإن الأمر هنا يتعلق بحقوق عينية أصلية ترد على حق الملكية فتحد من نطاقه وتثقله، لذلك فهي شديدة الارتباط به على مستوى قاعدته الأصلية ملكية الرقبة.

---

[689] يوسف مختري، م س،ص 43.

[690] يوسف مختري، م س، نفس الصفحة.

لذلك تبقى الإشكالات المرتبطة بهذا الجانب تتمحور حول عدم إمكانية إجراء مسطرة تحفيظ الحق العيني وحده دون تحفيظ الرقبة لأنهما متلازمان، فلا يستقيم تعيين ووصف واستغلال الحق العيني دون تحديد الأصل الذي يقوم عليه بدقة وتفصيل، علما أن المنتفع نادرا ما تكون الوثائق المتعلقة بملكية الرقبة بحوزته إذ يجب عليه إثبات حق الانتفاع وملكية الرقبة معا، مع ضرورة موافقة وتوافق إرادتي مالك الرقبة والحق العيني على إجراء مسطرة التحفيظ.

إن الإعتراف للمستفيد من الحقوق العينية المذكورة بصفته طالبا للتحفيظ بمتابعة مسطرة التحفيظ بخصوص الحق العيني الذي يعود إليه، وكذا فيما يتعلق أيضا بحق الملكية الذي يرجع إلى صاحبه دون اتفاق بينهما، فيه مغالطة حقيقية ولا ينسجم مع أحكام مسطرة التحفيظ، فصاحب حق الارتفاق مثلا لن يستطيع أن يوازي بين الحفاظ على حقوقه وحقوق مالك الأرض الذي ينشأ عليها، لأن هناك تعارض مصلحتين، ويستبعد حمايتهما معا من المستفيد من إحداهما، خصوصا إذا كانت الحجج المؤيدة للطلب غير دقيقة في محتواها.[691]

من جهة ثانية لا يمكن للمستفيد من الحقوق العينية المذكورة أن يتولى بعض الأحكام المسطرية، ومن ذلك تحديد بيانات صاحب حق الملكية كما هي منصوص عليها في الفصل 13 من ظ.ت.ع وأخص بالذكر مدى وجود اتفاق لتدبير الأموال المشتركة بعد الزواج بين صاحب حق الملكية وزوجه، أو مسألة قبول تعرض على حق الملكية أو إجراء الصلح بشأنه.

وهكذا فإنه لا يمكن لطالب التحفيظ المستفيد من الحقوق العينية التي ترد على حق الملكية أن يتابع مسطرة التحفيظ وحده، إذ لا بد من موافقة ومساعدة مالك حق الرقبة، حتى يمكن متابعة عملية التحفيظ بخصوص حق الملكية وما يرد عليها من حقوق عينية، بما يتضمن الحفاظ على مصالح كل طرف، وهذا ما تم اقتراحه على إحدى لجان مراجعة ظ.ت.ع حيث ذكر أنه لا يتصور حق الإنتفاع بمعزل عن حق الملكية[692]، لهذا نجد أن النسبة الساحقة من مطالب التحفيظ مودعة ممن يملكون حق الملكية.

الدائن بمبلغ من المال:

---

691 يوسف مختري، مرجع سابق، ص 47.

692 محضر اجتماع لجنة مراجعة ظ.ت.ع بتاريخ 05 يونيو 1990، منشور بمجموعة محاضر مناقشات لجنة مراجعة قانون التحفيظ العقاري مأخوذ عن يوسف مختري، مرجع سابق،ص 48.



يعتبر الدائن بمبلغ مالي صاحب حق شخصي، فبمجرد حلول أجل الدين يكتسب حق استرجاع أمواله من المدين، وفي حالة امتناع هذا الأخير أو عجزه عن الوفاء بالتزامه يحق للدائن اللجوء إلى القضاء لإجبار المدين على تنفيذ تعهداته، ويعتبر الحجر العقاري أبرز وسائل التنفيذ الجبري للإلتزامات الذي يحكم به القضاء ويشرف عليه. وقد أفرد مشرع مسطرة التحفيظ العقاري وضعا خاصا للدائن الذي حل أجل دينه وصدر لفائدته مقرر قضائي قضى له بالحجر على عقار مدينه، حيث خوله طلب لتحفيظ العقار المحجوز.[693]

وتنجلي إشكالية هذه المسطرة مع الواقع أن لجوء الدائن إلى تحفيظ العقار المحجوز قبل مواصلة إجراءات التنفيذ وبيعه عن طريق المزاد العلني يهدف إلى جعل العقار موضوع الضمان محفظا كشرط لإتمام مسطرة البيع القضائي، ومما لاشك فيه أن حقوق الدائن تكون أكثر حماية وضمانا في هذا النوع من العقارات، حيث يستفيد الدائن من القيمة المالية للعقار خصوصا إذا كانت قيمة الدين أكبر من قيمة العقار، ومع ذلك فهذه المزية لا تضاهي ما ستكلف الدائن من طول انتظار ومتابعة لإجراءات التحفيظ، ومعالجة للمشاكل التي قد تعترض العملية، دون أن ننسى أن تعاون المدين مطلوب لنجاح عملية التحفيظ وهو ما يستبعد حصوله، أما إذا كان المقصود هو إيداع مطلب التحفيظ قصد التنفيذ على العقار أثناء سريان مسطرة التحفيظ، أي دون انتظار تأسيس الرسم العقاري، فالدائن لن يجني هنا أيضا أية مزية، بل سيكون عليه متابعة مسطرتين في آن واحد، مسطرة التحفيظ من جهة، ومسطرة التنفيذ من جهة أخرى، وذلك لا يخلو من صعوبات جمة وإشكالات كثيرة، ليس أقلها تحمل تكاليف رسوم التحفيظ واحتمال التعرض على الملك وغير ذلك، وعليه لا مصلحة للدائن في طلب تحفيظ العقار قبل مواصلة التنفيذ.

وخلاصة القول إن المشرع المغربي وسع دائرة الأشخاص الذين يحق لهم إيداع مطلب التحفيظ، لفتح المجال أمام فرص إضافية للإقبال على أعمال التحفيظ، لكن هذا التعدد لم يفض إلى نتائج ملموسة، بسبب تعارضه مع السلطات المخولة للمالك على ملكه، حيث انتقص منها، وقلل من الحماية الواجبة لحقوق المالك بدرجة أولى والشريك في الملك بدرجة ثانية.

ثانيا: الإشكالات المرتبطة بمؤيدات وحجج طلب التحفيظ.

---

[693] يوسف مختري، مرجع سابق، ص 49.



TEL + 212 771394949 www.allbahit.com Majalatlbahit2017@gmail.com

إشترط المشرع المغربي من خلال المادة 13 من ظهير التحفيظ العقاري 12 غشت 1913 المعدل والمتمم بقانون 14.07 بضرورة أن يأتي طلب التحفيظ وفق شكلية معينة تتضمن مجموعة من البيانات المتعلقة بطالب التحفيظ ومعلومات حول العقار، إلى جانب تدعيم هذا الطلب بالمستندات والوثائق والرسوم والعقود الداعمة للملكية العقارية والحقوق العينية العقارية.[694]

وهذا الأمر يثير إشكالية قانونية حول صلاحية المحافظ العقاري لمراقبة السندات المدعمة لمطلب التحفيظ؟

فبالرجوع لموقف الفقه، نقف على اتجاه يرى بأن المحافظ غير ملزم بإجبار طالب التحفيظ بالإدلاء بالمستندات والوثائق والمؤيدات على أساس أن المحافظ لا يتوفر على الوسائل التشريعية والعملية التي تسمح له بالتأكد من صحة الرسوم المدلى بها تأييدا لمطلب التحفيظ شكلا وجوهرا، ويضيف أنصار هذا الاتجاه بأن مطلب التحفيظ لا يعتبر في حد ذاته دليلا على الملكية و إنما مجرد افتراض لها وأن المحافظ على الأملاك العقارية لا يعتبر سلطة قضائية وليست له الصفة للحسم في صحة الرسوم والوثائق المدلى بها تأييدا لمطلب التحفيظ.[695]

وذهب اتجاه أخر إلى أن المحافظ ملزم بفحص المستندات المؤيدة لطلب التحفيظ تفاديا لمحاولة السطو والاغتصاب والترامي على ملك الغير، ومن ثم فإن مراقبة المستندات الخاصة بمطلب التحفيظ تتم تحت مسؤولية المحافظ وذلك على غرار مسؤوليته المنصوص عليها في الفصل 72 من ظهير التحفيظ العقاري، ومن ثم يتعين على طالب التحفيظ بأن يرفق طلبه بجميع رسوم التملك، ومختلف الوثائق التي من شأنها أن تعرف بالحقوق العينية المترتبة على العقار، ويعد التحقق من مستندات مطلب التحفيظ من اختصاصات الأصلية الموكولة للمحافظ على الأملاك العقارية وهو اختصاص يدخل في إطار إجراءات المسطرة الإدارية للتحفيظ، التي يشرف عليها المحافظ سواء انتقلت إلى المسطرة القضائية في حالة قيام النزاع حول التحفيظ أو انتهت إداريا بتأسيس الرسم العقاري، وهذا ما أكده الإجتهاد القضائي المغربي

[694] ينص الفصل 14 من ظ.ت.ع"يقدم طالب التحفيظ مع مطلبه أصول أو نسخ رسمية للرسوم والعقود والوثائق التي من شأنها أن تعرف بحق الملكية وبالحقوق العينية المترتبة على الملك"

[695] إدريس الفاخوري، نظام التحفيظ العقاري وفق مستجدات القانون 14.07 ،مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء،ط 2017 ،ص 32.



بعد إنتشار ظاهرة مطالب التحفيظ التعسفية ومنها وما ذهبت إليه محكمة الاستئناف بالرباط في قرارلها إلى ضرورة إرفاق مطلب التحفيظ بالمستندات المؤيدة وتمديد رقابة المحافظ لتشمل حتى هذه الوثائق[696]، وفي قرار قضائي أخر جاء فيه "إن موضوع هذه الدعوى هو تعويض الضرر الناتج عن السير المعيب لعملية التحفيظ حيث لم يتحقق المحافظ بمطابقة الوثائق على القطعة المراد تحفيظها فالمحافظ ملزم بالقيام بكافة الوسائل للتحقق من ثبوت حق طالب التحفيظ بما فيه موقع القطعة وحدودها، المحافظ ارتكب تقصيرا واضحا بمثابة الخطأ الجسيم حيث لم يقم بما يوجبه عليه القانون من جراء المطابقة"[697]

وفي نفس السياق أصدر المحافظ العام مذكرة[698] موجهة للسادة المحافظين يحثهم على ضرورة إجراء رقابة دقيقة على كل الوثائق والمستندات تطبيقا لقواعد الرقابة الواردة في قانون التحفيظ العقاري وهو ما يعني إثارة مسؤولية المحافظ بخصوص إغفال أو عدم مر اقبة مؤيدات مطلب التحفيظ وذلك على غرار مسؤوليته المنصوص عليها في الفصل 72 من قانون التحفيظ العقاري المعدل والمتمم بالقانون 14.07.

الفقرة الثانية: الإشكالات العملية المرتبطة بالإشهار والتحديد.

من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها المسطرة الإدارية للتحفيظ العقاري التي تخلق ضمانات حمائية لطالب التحفيظ من جهة وحقوق الغير من جهة ثانية مبدأ العلنية والإشهار والنشر في الجر ائد الرسمية المؤهلة لذلك التي تتيح للغير الاطلاع على المتغير القانوني الذي يطال العقار موضوع التحفيظ العقاري وما من شأنه المس بحقوقه وهذا ما سنلامسه من خلال الوقوف على الإشكالات المرتبطة بالإشهار (أولا) إلى جانب العملية التقنية لتحديد معالم العقار وما يصاحبها من متغيرات قانونية وفق مسطرة التحديد (ثانيا).

أولا: الإشهار أثناء مسطرة التحفيظ

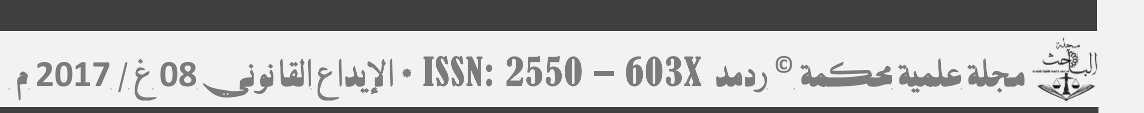
حتى لا تمر عمليات التحفيظ في جو من السرية والكتمان وتطبيقا لمبدأ العلنية في ميدان الشهر العقاري، وحتى تتاح فرصة الإطلاع لكل من يعنيه أمر التحفيظ، فقد قرر المشرع المغربي

---

[696] قرار محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 3 يونيو 1964 أورده الأستاذ عبد العالي دقوقي، بعض مظاهر اضطراب الاجتهاد القضائي في مادة التحفيظ، مجلة القسطاس، العدد الثالث يناير 2004 ص 79 مأخوذ عن الأستاذ إدريس الفاخوري، مرجع سابق، ص 33.

[697] قرار عدد 3300 بتاريخ 1991/03/25 ملف مدني رقم 89/1182

[698] مذكرة صادرة عن المحافظ العام رقم 2704 بتاريخ 16 دجنبر 1988 مأخوذ عن الأستاذ إدريس الفاخوري، مرجع سابق، نفس الصفحة.



TEL + 212 771394949 www.allbahit.com Majalatlbahit2017@gmail.com

في ظهير 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) عملية إشهار واسعة لجميع عمليات التحفيظ بدءا من مطلب التحفيظ حتى تأسيس الرسم العقاري.

وعمليات الإشهار هذه لا تعني طالب التحفيظ فقط، بل تعني أيضا كل الذين لهم حقوق على ذلك العقار، أو يزعمون أن لهم حقوقا عليه وتعني أيضا حتى المحافظ العقاري، فطالب التحفيظ يعنيه أمر الإشهار، ليتتبع إجراءات التحفيظ، من تحديد مؤقت وتحديد نهائي، ووضع خريطة هندسية، وليتأكد من خلال هذه الإجراءات بأن ليس هناك من ينازعه في العقار موضوع الطلب، أما المتعرضون فيعنيهم أمر الإشهار ليتسنى لهم التدخل في الوقت المناسب قصد المطالبة بالحقوق التي لهم على العقار موضوع عمليات التحفيظ وأما المحافظ العقاري وهو الحريص والمنفذ لعمليات الإشهار، فيهمه متابعة مسطرة التحفيظ طبقا للقانون وفي حياد تام عن الأطراف.[699]

وتتجلى طرق الإشهار في ثلاث وسائل جاءت طبقا لمقتضيات الفصل 18 من ظهير التحفيظ العقاري متمثلة في (الجريدة الرسمية، تعليق الإعلانات لدى الجهات الإدارية والقضائية، التعليق لدى المحافظة العقارية)

الوسيلة الأولى: النشر في الجريدة الرسمية.

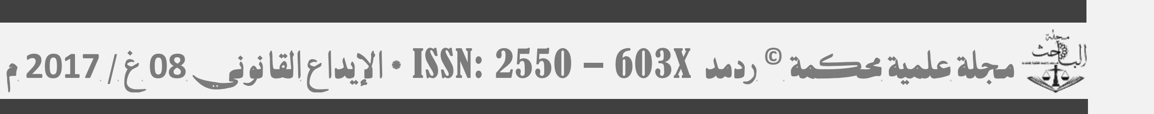
بمجرد ما يتوصل المحافظ بطلب تحفيظ يقوم بوضع ملخص لأهم البيانات التي يتضمنها هذا الطلب، وذلك داخل عشرة أيام من تاريخ إيداع الطلب[700]، ويعتبر النشر بالجريدة الرسمية من بين الوسائل التي تطلبها المشرع لإعلام الجمهور بإجراء التحفيظ.. إلا أن النشر بالجريدة الرسمية لا يحقق إلا نتائج نسبية جدا لأنه أصبح وسيلة شكلية وقانونية أكثر منها إعلامية وذلك لعدة أسباب نذكر من بينها:

1. إن الأغلبية الساحقة من طالبي التحفيظ يجهلون القراءة والكتابة ويجهلون حتى وجود الجريدة الرسمية وقيمة ما ينشر بها.

---

[699] محمد خيري، م س، ص 165.

[700] الفصل 17 " يقوم المحافظ على الأملاك العقارية داخل أجل عشرة أيام من إيداع مطلب التحفيظ بتحرير ملخص له يعمل على نشره في الجريدة الرسمية، ويبلغ مضمونه إلى علم العموم بالوسائل المتاحة. وبعد نشر الملخص المذكور يحرر، داخل أجل شهرين من تاريخ هذا النشر، إعلانا يضمنه تاريخ ووقت إجراء التحديد"



2. إن الجريدة الرسمية محدودة الإنتشاررغم أنها وسيلة نشر إدارية وقانونية حيث نجد متتبعها فئات معينة كالإدارات والشركات ومكاتب الأعمال ورجال القانون أما الفئات الأخرى فإنها لا تطلع علىها إلا بصفة عرضية وغير منتظمة.

3. إن الهدف من النشر في الجريدة الرسمية هو إعطاء الصبغة القانونية لكل ما ينشر بها وإلزام الأفراد بذلك، وبالآجال والمواعيد التي تحددها، فكيف يتمكن طالب التحفيظ والمتعرضون أن يطلعوا علىها وهم يجهلون مكان صدورها وأماكن بيعها وحتى كيفية الحصول عليها، خاصة وان الأغلبية الساحقة من معاملات التحفيظ تجري في البوادي حيث يندروجود حتى الجر ائد العادية.

4. إن من يهتم بالإعلانات الخاصة بالتحفيظ بالجريدة الرسمية في الحقيقة هو المحافظ قصد إحترام مسطرة التحفيظ. والقضاة قصد تطبيق مقتضيات الظهير المتعلق بالتحفيظ العقاري.أما طالبو التحفيظ والمتعرضون وغيرهم فأغلبهم يصعب عليهم تتبعها أو الحصول عليها للأسباب الأنفة الذكر، ومع ذلك فهم ملزمون بما ينشر بها.

وقد إستغل بعض الأشخاص هذا الجهل النابع من ضعف وسائل الإشهار وخلله، فاستولوا على حقوق المالكين الحقيقيين نتيجة لجهلهم للإجراءات وللآجال المفروضة والمنشورة في الجريدة الرسمية، فثبت الحق لغير أصحابه في بعض الحالات مما ينتج عنه فتح ملفات ونزاعات أخرى أمام القضاء من طرف المتضررين من التحفيظ.[701]

الوسيلة الثانية: تعليق الإعلانات لدى الجهات الإدارية والقضائية.

يسعى المحافظ العقاري جاهدا إلى جانب النشر في الجريدة الرسمية إلى تكثيف وتعميم الإعلانات، من خلال مراسلة الجهات الإدارية والقضائية المتمثلة في:

- رئيس المحكمة الإبتدائية التي يقع العقار في دائرتها
- ممثل السلطة المحلية ورئيس المجلس الجماعي الدين يقع العقار في دائرة نفوذهم.

[701] محمد خيري، مرجع سابق، صفحة 167 و 168.



- النشر في سبورة المحافظة العقارية.

وإن كان الو اقع يؤكد فشل بعض هذه الأجهزة في تحقيق الغاية التي كان يهدف إليها المشرع وهي توسيع دائرة الإشهار لحماية الملكية ويتمظهر ذلك من خلال العر اقيل التالية:

بالنسبة للوسيلة المتعلقة بالتعليق بالمحكمة الإبتدائية إذ لا يعطي إلا نتائج ضئيلة ولا تمكن هذه العملية إلا عددا قليلا من الأفراد للإطلاع على عملية التحفيظ وذلك للأسباب الراجعة لجهل عدد كبير من الأفراد لمحتوى التعليقات إلى جانب كون هذه الأخيرة لا تتسم بالتنظيم فكثيرا ما يلاحظ نشر الإعلانات بالمحاكم متر اكمة ومختلطة بعضه يتعلق بالمحجوزات وبعضها الأخر يتعلق بالبيوعات القضائية وغالبا ما نشاهد ملخصات مطالب التحفيظ من بينها، وأمام هذه الفوضى في التعليق وعدم جرأة الأشخاص على بحث الصفحات المتعلقة تفقد هذه التعليقات قيمتها لدى المحاكم اللهم ما يتعلق بالمحجوزات والبيوعات القضائية فإن من يعنيهم أمرها يتتبعونها باهتمام .[702]

أما في يتعلق بالتعليق لدى القيادات والجماعات المحلية بدورها تعتبر وسيلة لا تفي بالغرض نظرا لكون أن في غالب الأمر أن ممثلي السلطات المحلية لا يولون هذه المهمة العناية اللازمة، فحينما يوجه المحافظ على الملكية العقارية ملخصا لمطلب التحفيظ لا يتم تعليقه وحتى لو حصل ذلك فإنه يكون في مكان يصعب الاطلاع عليه من قبل الجمهور، كما أنه يلاحظ قبل دخول القانون رقم 14.07 حيز التنفيذ عدم إرجاع ما يفيد تعليق الملخص في الإدارات المعنية، كما كان يساهم في عرقلة سير مسطرة التحفيظ ما دام أن المحافظ يمتنع عن اتخاذ قرار التحفيظ إلا بعد وصول ما يفيد التعليق، الأمر الذي جعل المشرع في القانون رقم 14.07 يستغني عن الشهادة المثبتة للتعليق واستبدالها بإشعار بالتوصل.[703]

ثانيا: عمليات التحديد.

تعد عملية التحديد من أهم مراحل مسطرة التحفيظ العقاري كونها تجمع بين ما هو تقني وما هو قانوني، فهي عملية تقنية طبوغر افية لأنها تساهم في رسم معالم العقار بشكل دقيق

---

[702] محمد خيري، مرجع سابق، صفحة 169.
[703] ادريس الفاخوري، م س، ص 41, 42.



سواء من حيث الموقع أو المساحة أو الحدود أو المشتملات، وهي عملية قانونية لأنها تمكن المحافظ على الأملاك العقارية من التعرف على وضعية العقار من الناحية القانونية.

واعتبارا للأهمية المذكورة لعملية التحديد نص المشرع في الفصل 19 من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري كما وقع تغييره وتتميمه بالقانون رقم 14.07 على ضرورة توجيه المحافظ على الأملاك العقارية استدعاءات شخصية لمجموعة من الأشخاص إلى جانب طالب التحفيظ، وهم المجاورين المبينين في مطلب التحفيظ والمتدخلين وأصحاب الحقوق العينية والتحملات العقارية المصرح بهم بصفة قانونية، وذلك لما لحضورهم أثناء إنجاز عملية التحديد من أهمية، بحيث إنه يخول لكل من له حق عيني على العقار موضوع التحديد التصريح بحقه المثقل به العقار وإمكانية تسوية الخلافات التي تكون بين المجاورين بخصوص الحدود.

ونفس الإجراء مقرر في بعض المساطر الخاصة للتحفيظ كما هو الشأن بالنسبة للفصل 5 من ظهير 25 يوليوز 1969 المتعلق بالتحفيظ الجماعي للأملاك القروية الذي ينص على قيام المحافظ باستدعاء جميع الأشخاص المتدخلين المعترف بهم بصفة قانونية لحضور عملية التحديد.

وإذا كانت المقتضيات المذكورة تعتبر ضمانة قانونية بالنسبة لأصحاب الحقوق إلا أنها في نفس الوقت تشكل عرقلة حقيقية للسرعة المتطلبة في مسطرة التحفيظ العقاري بسبب الغموض الذي يكتنفها حول ما إذا كان المحافظ يقتصر فقط على توجيه إستدعاءات شخصية للأشخاص المعنيين بصرف النظر عن توصلهم أو عدم توصلهم وحضورهم بعين المكان، وبالتالي عدم استلزام موافقتهم البعدية في حالة التأكد من تخلفهم عن الحضور وحول ما إذا كان هذا الإجراء الأخير أمر ضروري وجوهري.

والواقع العملي يؤكد على أن الغموض قد تسبب في تراكم العديد من مطالب التحفيظ برفوف أرشيفات المحافظة العقارية بسبب عدم حضور الأشخاص المعنيين لعملية التحديد وتعليق البث فيها من طرف المحافظين على الأملاك العقارية على ضرورة التوصل بموافقة هؤلاء الأشخاص على عملية التحديد لاعتقادهم بإلزامية هذا الإجراء المذكور.

بالإضافة إلى ذلك تطرح عملية التحديد مجموعة من الإشكالات والصعوبات تتمثل:

- إن إنتداب المهندس المساح الطبوغرافي المحلف من جهاز المسح العقاري المقيد في جدول الهيئة الوطنية للمهندسين المساحين الطبوغرافيين من طرف المحافظ العقاري للقيام بعملية التحديد وتكليفه بتحرير محضرا يسمى بمحضر التحديد وإضفاء على هذا الأخير طابع الرسمية الذي يتضمن جانب قانوني وأخر تقني فهذا الأخير لا يثير أي إشكال بحكم علمه بعمله الهندسي التقني والذي يعتمد على التقنيات الطبوغرافية العلمية والحسابية وهي عمليات جد متطورة باعتماد التكنولوجيا الحديثة والآلات المتناهية في الدقة عند إجراء التحديد، فإن الإجراءات الأخرى ذات الطابع القانوني تكليف يخرج عن كفاءة المهندس المساح لأنه يفتقر للتكوين القانوني، فهذه المهمة تحتاج إلى دراية بقواعد القانون وقواعد الفقه الإسلامي، والمهندس الطبوغرافي في أغلب الحالات ليس له إلمام بالحقوق العينية الأصلية والتبعية والحقوق العرفية الإسلامية وأحكام المواريث والوصايا،وليس له إلمام أيضا بقانون التحفيظ العقاري ولا بقانون المسطرة المدنية وقانون الالتزامات والعقود وهي كلها قوانين ذات ارتباط بالعمليات القانونية التي حددها الفصلين 20 و21 من قانون التحفيظ العقاري.[704]

- صعوبة إجراء عملية مراجعة التحديد لأملاك الدولة والجماعات السلالية المصادق عليها وكذا بالنسبة للأملاك المنوعة ملكيتها في غياب إنجاز الملف التقني.

- الصعوبات التي يطرحها الفصل 27 من القرار الوزيري الصادر في 03 يونيو 1915، بخلق رسوم عقارية تحت تحفظ عمليات التحديد الهندسية وما يمكن أن ينتج عن ذلك من عدم الوضوح وإمكانية التضليل والتحايل.[705]

خاتمة:

خلاصة القول لا يسعنا في نهاية هذه الدراسة، إلا أن نضع أهم الخلاصات الأساسية التي توصلنا إليها والمتعلقة بإبراز اهم الاشكالات العملية الأولية التي تعيق انطلاق المسطرة الإدارية للتحفيظ العقاري، ومما لا شك في أن ما توصلنا إليه من خلاصات يعين إجمالا على الاعتقاد جازما بأن مشرع قانون 14.07 قد أحاط المسطرة الإدارية للتحفيظ العقاري بأهمية تشريعية

704 ادريس الفاخوري، مرجع سابق، صفحة 40.
705 حميد الربيعي و مصطفى الشطيبي، الطابع القانوني والهندسي لعملية التحديد كإجراء جوهري في نظام التحفيظ العقاري، سلسلة دفاتر محكمة النقض عدد 21، الصفحة 70.

قوية بإعتبار مسطرة التحفيظ العقاري في أصلها إدارية ما لم تتخللها نزاعات تعصف بإستقراريتها، وما يمكن تسجيله من إشكالات سببه التعارض والغموض في النصوص القانونية وتفسيرها من طرف المتدخلين في عملية التحفيظ من محافظين على مسطرة التحفيظ إلى جانب المهندسين الطبوغرافيين، وكذا قلة الموارد البشرية وكفاءتها وتعدد الأنظمة العقارية بالمغرب وتعقدها.

ولتجاوز الاشكالات العملية المتعلقة بالمسطرة الإدارية التي تدور مجملها حول تقنية التحديد التي ترسم معالم الوعاء العقاري، ومسطرة الإشهار والإعلان تحقيقا لمبدأ العلنية في حفظ الحقوق.

وعليه نقترح معالجة النصوص القانونية التي تأطر وتحكم الممارسة الإجرائية وذلك من أجل مضاعفة فعالية النصوص التشريعية، وذلك على الشكل التالي:

أولا: التنصيص صراحة على ضرورة موافقة طلاب التحفيظ المتغيبين عن عملية التحديد على ما أسفرت عنه العملية المذكورة مساحة وحدودا، اقتداء بما فعل المشرع بشأن لزوم موافقة جميع الشركاء على الشياع في حالات اخرى، من قبيل تغيير اسم العقار المحفظ (الفصل 52 مكرر) وتسليم نظير الرسم العقاري (الفصل 58).

ثانيا: إزالة الإلتباس الحاصل بمقتضى "نائب بوكالة صحيحة" الواردة في الفقرة الأخيرة من الفصل 19 من القانون 14.07 بالعودة إلى الإصطلاح الذي جاء في القانون القديم "نائب بوكالة خاصة".

ثالثا: إضافة مقتضى خاص للفصل 18 من القانون 14.07 يهم التعليق لدى مركز القاضي المقيم القريب من العقار المزمع تحديده، بدلا من الاقتصار على التعليق لدى المحكمة الابتدائية، والتي قد يبعد عنها العقار بمئات الكيلومترات.

رابعا: تحقيق الانسجام التشريعي بين الفقرة الأولى من الفصل 20 المتعلقة بطلب المحافظ تسخير القوة العمومية من طرف وكيل الملك ضمانا لتوفير ظروف ملائمة لإجراء عملية التحديد، وبين الفقرة الثانية من الفصل 23 المتعلقة بإلغاء المحافظ العقاري لمطلب التحفيظ بعد تعذر إنجاز التحديد لمرتين متتاليتين بسبب نزاع حول الملك، وذلك بإضافة مقتضى خاص مفاده إلزامية تقديم هذا الطلب من طرف المحافظ في حالة وجود نزاع حول

الملك أدى إلى عرقلة أولى عملية التحديد (عملية سلبية أولى) حتى إذا تعذرعليه مع ذلك انجازها للمرة الثانية لا يكون قراره بإلغاء المطلب طبقا للفصل 23 مشوبا بعدم المشروعية بسبب عدم طلبه تسخير القوة العمومية.

لائحة المراجع:

المملكة المغربية، رئاسة الحكومة، المناظرة الوطنية في موضوع السياسة العقارية للدولة ودورها في التنمية الإقتصادية والاجتماعية، تقرير تركيبي حول و اقع قطاع العقار، دجنبر 2015.

القانون رقم 14.07 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.177 بتاريخ 22 نونبر 2011، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5998، بتاريخ 24 نونبر 2011، 5575.

يوسف مختري، حماية الحقوق الواردة على العقار في طور التحفيظ، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، سنة 2016.

قرار محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 1950/7/3 مأخوذ عن إدريس الفاخوري، نظام التحفيظ العقاري وفق مستجدات القانون 14.07 ، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، طبعة 2017،ص 29.

المجلس الأعلى عدد 3593 بتاريخ 2008/10/22، منشور بمجلة الإجهاد القضائي العدد 2 (م س) ص. 233.

إدريس الفاخوري، نظام التحفيظ العقاري وفق مستجدات القانون 14.07، مطبعة النجاح الحديدة الدار البيضاء، ط 2017.

قرار محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 3 يونيو 1964 أورده الأستاذ عبد العالي دقوقي، بعض مظاهر اضطراب الاجتهاد القضائي في مادة التحفيظ، مجلة القسطاس، العدد الثالث يناير 2004.

حميد الربيعي ومصطفى الشطيبي، الطابع القانوني والهندسي لعملية التحديد كإجراء جوهري في نظام التحفيظ العقاري، سلسلة دفاتر محكمة النقض عدد 21.

TEL + 212 771394949 www.allbahit.com Majalatlbahit2017@gmail.com

الأستاذ مرشد الكواري
بسلك الدكتوراه بجامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية
والاقتصادية والاجتماعية السويسي

تأثير القوة القاهرة والظروف الطارئة على تنفيذ العقود المدنية "دراسة لحالة حصار قطر"

The impact of force majeure and emergency circumstances on the execution of civil contracts

الملخص:

إن الباحث في مفهوم القوة قاهرة ونظرية الظروف الطارئة، يجدها متناسبة مع الحصار الذي فرض على دولة قطر من قبل جيرانها في عام 2017، باعتباره حصارا لم يكن متوقعًا حدوثه ويستحيل دفعه ويترتب عليه استحالة تنفيذ التزاماتها المختلفة. ولا شك أن القوة القاهرة تحول دون إمكانية الأفراد أو المؤسسات أو حتى بعض الدول من تنفيذ التزاماتها بسبب تلك القوة كما في حالة الحصار التي تمر بها دولة قطر، والتي كانت تعقد فيها العديد من العقود المدنية بين عدة أطراف سواء على المستوى الوطني أو على المستوى الإقليمي والدولي، لكن الحصار أثر على تنفيذ هذه العقود مما ترك العديد من الخسائر المالية والمادية.

Abstract:

The blockade against Qatar is considered a force majeure and an emergency circumstance by virtue of all laws, as it is an external accident that was not expected and impossible to pay and which results in the impossibility of implementing its various obligations.There is no doubt that force majeure prevents the ability of individuals, institutions, or even some states to implement their obligations because of that power. In the case of the blockade crisis that the State of Qatar is going through, in which many civil contracts were concluded between several parties, whether at the national level or at the regional and



international levels, but the blockade affected the implementation of these contracts, which left many financial and material losses.

مقدمة:

لا شك أن العقد ينعقد بارتباط الإيجاب بالقبول من أجل إحداث أثرقانوني، وعلى أن يتم ذلك الارتباط وفقا للصيغ والأوضاع التي ينص عليها القانون، أي أن دخول العقد في انتاج أثاره وسريان مفعوله يتعلق بتو افر العقد على عدة أركان تكون مستوفية شروط صحتها، وذلك بأن يصدر من أهله كاملي الأهلية فضلا عن محل معين ومشروع، مع إرادة خالية من عيوب الرضى، فإننا نكون أما عقد صحيح نافذ وترتبت عليه آثاره.

وإذا كان الأمر كذلك، فإنه متى كان العقد صحيحا مستجمعا لأركانه منتجا لأثاره لا يمكن لأحد المتعاقدين الرجوع عنه بإرادته المنفردة، حيث يكون ملزما لطرفي العقد كلاهما ويجب عليهما الوفاء بالالتزامات المترتبة عليه. ولا يستطيع أي منهما أن ينفرد بنقضه أو تعديله إلا باتفاقهما على ذلك أو استنادا إلى نص في القانون فالالتزام الذي ينشئه العقد يساوي الالتزام الذي يفرضه القانون، وحيث لا يجوز الخلاص من التزام مفروض بقوة أو بحكم القانون، لذا لا يجوز للمتعاقد أن يتحلل من التزام نشأ عن عقد هو طرف فيه، فالعقد كما هو معروف شريعة المتعاقدين بمعنى أنه قانونهما الخاص الذي يتضمن التزامات كل من طرفيه، وعليهما تنفيذه بكل ما أشتمل عليه من بالإضافة إلى كل ما يعتبر من مستلزماته وبما يتماشى مع القانون أو العرف أو العدالة وطبقاً لطبيعة الالتزام موضوع ذلك العقد.

ومن المفروض أن تتوازن التزامات طرفي العقد من الناحية الاقتصادية في مرحلة تكوين العقد. فإذا ثبت حصول اختلال في تلك الالتزامات ضمن المرحلة المذكورة فإن معالجة مثل هذا الاختلال والآثار الناجمة أو الناشئة عنه أو بسببه وصولاً إلى إزالة الضرر الذي لحق بأحد المتعاقدين، تتم استناداً إلى الأحكام الخاصة بعقود الإذعان أو نظرية الاستغلال وبالقدر الذي يتصل بموضوع العقد وطبيعة الاختلال الناشئ .

أما إذا حصل اختلال في التوازن الاقتصادي في مرحلة لاحقة على تكوين العقد ونقصد بها مرحلة تنفيذ العقد وذلك بسبب حوادث استثنائية عامة وغير متوقعة، فأن معالجة مثل هذا



الاختلال وبالتالي إزالة الضرر الناشئ عنه تتم استناداً إلى الأحكام الخاصة بنظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة.

وبناءً على ما سبق، سنعالج هذا الموضوع ضمن المسار التالي:

الإشكالية: ما هو تأثير القوة القاهرة والظروف الطارئة على تنفيذ العقود المدنية خلال فترة الحصار على دولة قطر؟ وما هي الأثار التي خلفها؟

أهمية وأهداف البحث:

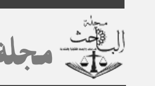
تكمن أهمية هذا البحث في معرفة الأثار التي خلفها الحصار على دولة قطر من طرف جيرانها على تنفيذ العقود، ويتم ذلك وفق نظرية القوة القاهرة والظروف الطارئة باعتبار ذلك الحصار كان مفاجئا وغير متوقعا مما أثر على القوة التنفيذية لكثير من العقود المدنية، والتي تركت أثارا اقتصادية واجتماعية تضرر منها العديد من الأطراف. لذلك نسعى لمعرفة تلك الأثار وكيف يمكن تجاوزها، وما هي الحلول المتبعة فقها وقضاءً في ذلك. فالهدف الأساسي من البحث هو معالجة جميع الجوانب المتعلقة بالحصار وتأثيره على تنفيذ العقد المدني، وتقديم مساهمة على بساطتها للمكتبة العربية والقطرية لنموذج تطبيقي للقوة القاهرة والظروف الطارئة في العقود المدنية والمتمثلة في الحصار.

تقسيم البحث: المحور الأول: علاقة العقد بالظروف الطارئة والقوة القاهرة. المحور الثاني: الحصار وتطبيق نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة

المحور الأول: علاقة العقد بالظروف الطارئة والقوة القاهرة

يلعب العقد دور مهم في تنشيط الدورة الاقتصادية داخل المجتمع، باعتباره الوسيلة القانونية الوحيدة لتداول الأموال والثروات، وتبادل السلع والخدمات، ومختلف المنافع بين أفراد المجتمع[706]. يسعى من خلاله كل متعاقد للحصول على مقابل ما أعطاه وتعهد به، فقد أولاه المشرع عناية خاصة، فوضع قواعد قيامه، وحدد شروط صحته، وأعطى للإرادة القدرة، والحرية على إنشاء ما تشاء من العقود، والتصرفات القانونية، وتحديد آثارها دون قيد أو شرط سوى ما يتطلبه القانون، وما تفرضه قواعد النظام العام والآداب العامة.

[706] نايف بن جمعان الجريدان، أحكام العقود المدنية: دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2014، ص25



لقد ارتبط العقد "بمبدأ سلطان الإرادة" الذي ما زال حتى الآن يلقي بظلاله على معظم الأنظمة القانونية، ومفاده أن الإرادة وحدها تكفي لإنشاء العقد أو العمل القانوني بوجه عام بحيث تكون الحرية للشخص في أن يتعاقد فيلتزم بما يبرم من عقود، أو أن لا يتعاقد فلا يلتزم بشيء[707].

وهو ما يعني أن العقد متى نشأ صحيحا مستجمعا لأركانه فقد حاز قوته الملزمة وأصبح شريعة المتعاقدين. وبالتالي، فإن المتعاقدان ليس لهما من سبيل سوى تنفيذ الالتزامات الو اقعة على عاتقهما طوعا أو كرها، عينا أو عن طريق التعويض، ولا يمكن لهما التحلل من التزاماتهما إلا عندما يسمح لهما بذلك، إما بمقتضى اتفاق بينهما، أو للأسباب التي يقررها القانون، وهذا ما قضت به المادة 171 من القانون المدني القطري (قانون رقم (22) لسنة 2004)، التي تؤكد على أن: " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون"[708]. وبإقراره لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين يكون المشرع القطري كغيره من المشرعين قد وفر الحماية اللازمة للعقد من العبث قصد خلق أجواء الثقة اللازمة لاحترام إرادة المتعاقدين وتوقعاتهما، ولم يترك أمام المتعاقدين من خيار سوى تنفيذ العقد، فإذا قام كل متعاقد بأداء ما عليه من حقوق والتزامات، فلا يطرح أي مشكل. ولكن قد يحدث في مرحلة تنفيذ العقد أن تتغير الظروف الاقتصادية التي كان العقد يقوم عليها وقت تكوينه تغيرا فجائيا، بسبب حادث طارئ غير متوقع وقت إبرام العقد، ولم يكن لأي من المتعاقدين يدا في وقوعه، مما أدى إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد اختلالا خطيرا بحيث أصبح تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي وفقا للشروط المتفق عليها يهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحدود المألوفة في المعاملات المالية الاعتيادية[709].

ولاشك أن هذه القاعدة التي تلزم الأطراف، فإنها تلزم، كذلك، القاضي، من خلال الواجب المنوط به في احترام تام لاتفاق المتعاقدين والالتزام بتطبيقه دون تدخل منه، لأنه، من المعلوم أن وظيفة القاضي تنحصر في تطبيق أحكام العقد أو تفسير ما يشوبه من غموض، وليس له دور في إنشاء العقود. اللهم في بعض الحالات الاستثنائية القليلة جدا التي يسمح فيها القانون بتعديل العقد وذلك لاعتبارات تهم تطبيق العدالة، وهو ما يعرف في الأدبيات القانونية بنظرية الظروف

---

707 شمس الدين قاسم الخزاعلة، نطاق سلطان الارادة، دار الكتاب الثقافي، الأردن، 2001، ص12

708 المادة 171 من قانون رقم (22) لسنة 2004 بإصدار القانون المدني، الجريدة الرسمية :العدد: 11 نسخة الجريدة الرسمية تاريخ النشر: 2004/08/08 الموافق 1425/06/22 هجري، الصفحة من: 364

709 عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية (دراسة مقارنة)، دار الكتاب العلمية، 2015، ص598



الطارئة التي هي، في جوهرها، خروج عن المألوف، حيث يسمح فيها للقاضي بتعديل العقد الذي تم ابرامه في ظل ظروف عادية لكن بعد إبرامه أو في فترة تنفيذه اصطدم بظروف خارجية طارئة لم يكن في وسع المتعاقدان توقعها عند إبرام العقد، أو دفعها عند وقوعها، إذ سيسبب ذلك خسارة فادحة للمدين إذا ما نفذ العقد وفقا للشروط المتفق عليها، وفي هذه النظرية يخرج القاضي عن حدود مهمته التقليدية التي تقتصر على تفسير العقد، وهو ما تقتضيه روح العدالة من إعادة الأمور إلى نصابها الطبيعية[710].

ولاشك أن بروز نظرية الظروف الطارئة يزداد يوما عن يوم والحاجة لها تظهر أكثر من أي وقت مضى، وذلك راجع لتعقد الحياة المعاصرة، فقد تنوع و اتسع نطاق المعاملات بين الناس، نظرا لسهولة الاتصال بين الشعوب والدول بفعل الثورة التكنولوجية وتأثيراتها المختلفة خصوصا في مجال التنقل، مما يجعل هذه العقود أكثر عرضة للتقلبات المختلفة سواء من خلال وقوع حوادث أو حروب أو كوارث (طبيعية، اقتصادية..) أو أزمات (دولية، إقليمية..) تجعل تنفيذ العقد مرهقا لأحد المتعاقدين فيكون مجالا لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، بالإضافة إلى بدء التشريعات إلى حماية الطرف الضعيف في العقد بوسائل مختلفة من أجل بث نوع من الثقة في التعاملات المالية واستقرار الأوضاع القانونية[711].

وتعرف نظرية الظروف الطارئة بأنها كل حادث عام لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول أثناء التعاقد، ينجم عنه اختلاف بين في المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو أجال، بحيث يصبح تنفيذه المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه ارهاقا شديدا، ويتهدده بخسارة فادحة تخرجه عن حد المألوفة في خسارة التجار، وذلك كخروج سلعة تعهد المدين بتوريدها من التسعيرة، وارتفاع سعرها ارتفاعا فاحشا غير مألوف ولا متوقع[712].

كما يمكن القول على أنها: مجموع القواعد والأحكام التي تعالج الأثار الضارة اللاحقة بأحد المتعاقدين، الناتجة عن تغير الظروف التي تم بناء العقد في ظلها[713].

710 بلقاسم زهرة، أثر نظرية الظروف الطارئة على العقود، رسالة ماستر، جامعة أكلي محند أولحاج، الجزائر، ص1-2

711 شريف أحمد الطباخ، موسوعة الدفوع المدنية في ضوء القضاء و الفقه: الجزء الثاني، شريف أحمد الطباخ، موسوعة الدفوع المدنية في ضوء القضاء و الفقه: الجزء الثاني، 2015، ص482

712 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الأول، منشورات الحلبي، ط3، 2015، ص705

713 أيمن الدباغ، منهج الفقهاء المعاصرين في تناول نظرية الظروف الطارئة (تحليل ونقد)، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية) المجلد 28 (7)، 2014، ص1667



وقيل أيضا حالة عامة غير مألوفة وغير طبيعية، أو واقعة مادية عامة لم تكن في حسبان المتعاقدين وقت التعاقد ولم يكن في حسبان المتعاقدين وقت التعاقد ولم يكن في وسعهما ترتيب حدوثها بعد التعاقد، ويترتب عليها أن يكون تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة وإن لم يصبح مستحيلا[714].

المحور الثاني: الحصار وتطبيق نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة

إن الحصار الذي تتعرض له قطر يعتبر قوة قاهرة بحكم كل القوانين، حيث إنه حادث خارجي لم يكن متوقعًا حدوثه ويستحيل دفعه ويترتب عليه استحالة تنفيذ التزاماتها المختلفة.

ولاشك أن القوة القاهرة تحول دون إمكانية الأفراد أو المؤسسات أو حتى بعض الدول من تنفيذ التزاماتها بسبب تلك القوة.

وفي حالة أزمة الحصار التي تمر بها دولة قطر، والتي كانت تعقد فيها العديد من العقود المدنية بين عدة أطراف سواء على المستوى الوطني أو على المستوى الإقليمي والدولي، لكن الحصار أثر على تنفيذ هذه العقود مما ترك العديد من الخسائر المالية والمادية.

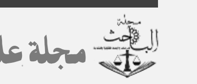
وقد نظم المشرع القطري مفهوم القوة القاهرة في نصوص عديدة في شتى القوانين، وتعرف القوة القاهرة بأنها هي الحادث الذي لا يمكن توقعه[715] ويستحيل دفعه، وهي صورة من صور السبب الأجنبي الذي ينفي علاقة السببية بين فعل المدين وبين الضرر الذي لحق بالمتضرر، وأن القوة القاهرة قد تنشأ كذلك عن فعل الطبيعة كالزلازل والفيضانات والأعاصير، وقد تنشأ عن فعل الإنسان كالحروب والثورات والحصار الاقتصادي[716].

وتختلف القوة القاهرة عن بعض النظم المتشابهة لها كالحادث الفجائي والظروف الطارئة وحالة الضرورة، ومن آثار القوة القاهرة أنها قد تؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزامات العقدية وبالتالي نفي المسؤولية عن المدين لأنها تقطع علاقة السببية بين فعل المدين وبين الضرر، ويظهر بوضوح تأثير القوة القاهرة على العلاقات والعقود الدولية وعقود النقل وعقود الأشغال.

714 محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، مطبعة زهران، 1987، ص19

715 أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني بمذاهب الفقه و أحكام القضاء الحديثة، دار العدالة، 2015، ص606

716 محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد - المجلد الثامن، دار محمود للنشر، القاهرة، ط1، 2014، ص187



كما نص المشرع القطري على حالة نسبية التنفيذ بمعنى لم يصبح مستحيلا حيث يؤكد على " ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"[717].

ويظهر الحصار كقوة قاهرة من خلال أن فرض حظر على الصادرات من بلد البائع يعتبر عائقا عن قيام البائع بتسليم الكمية الكافية للبضاعة، وهو ما حدث فعلا مع كثير من التجار القطريين ونظرائهم في دول الحصار، كذلك رفض مسؤولي الدولة في الإمارات والسعودية والبحرين ومصر السماح باستيراد البضاعة إلى بلد المشتري وهو قطر.

كما أن الحصار الذي فرض على قطر لم يكن متوقعا، خصوصا بالنسبة للتجار ورجال الأعمال الخليجيين وغير الخليجيين وكذلك بالنسبة للمواطنين العاديين، لأنهم من الطبيعي أن تقع أزمات ونزاعات بين الدول لكنها تبقى على مستوى القمة أي بين الحكومات كسحب السفراء وتعليق بعض النشاطات الدبلوماسية، لكن ليس من المتوقع ولا من المستساغ أن تنتقل إلى كافة النشاطات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والرياضية. خصوصا وأن السعودية هي المتنفس البري الوحيد لدولة قطر؛ ومن المعلوم ما في هذا الإجراء من التعنت حيث يصبح نقل البضائع جوا مكلف جدا للتجار القطريين ونظرائهم من مختلف الدول؛ فالتكلفة المالية الباهظة للنقل الجوي أثرت بشكل كبير على عدم تنفيذ جملة من الالتزامات التعاقدية بين المتعاقدين من مختلف الدول ودولة قطر.

إن دراسة نظرية القوة القاهرة تفيد في معرفة التأثيرات التي تحدثها على قيام المسؤولية المدنية بغية التوفيق بين مصالح الطرف المتسبب في الخطأ والطرف المتضرر ضحية هذا الخطأ، وكذلك في توخي إنتاج أحكام وقرارات قضائية عادلة بين الأطراف المتخاصمة.

خاتمة:

تبين من البحث في نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة على المكانة التي بدأت تحتلها في مختلف التشريعات المدنية الحديثة لعدد من الدول ومنها الدول العربية. رغم أن الباحث في

---

[717] المادة 171، الفقرة الثانية من قانون رقم (22) لسنة 2004 بإصدار القانون المدني، مرجع سابق.

الأدبيات الكلاسيكية يجد صداها يتردد في آراء وبحوث بعض الفقهاء كما كان لها نصيبا ولو محتشما في بعض التطبيقات القضائية.

وتتأكد أهمية هذه النظرية وتزداد كلما تقدم الزمن وتبعاً للتطورات التي تحصل في المجتمعات البشرية والتي تترافق معها ظروف طارئة غير متوقعة تؤثر بشكل مباشر على التوازن الاقتصادي للمتعاقدين إلى حد اختلاله وبما يؤدي إلى إلحاق الغدر المادي الجسيم بأحد أطراف العملية التعاقدية.

وهنا تظهر أهمية نظرية الظروف الطارئة ومعالجاتها العادلة في إعادة التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد بما ينعكس إيجابياً على المعاملات الاقتصادية والتجارية حيث يشعر المتعاقد بالطمأنينة أثناء التعاقد أو خلال تنفيذ العقود.

وقد ظهر لنا من خلال البحث أن القانون المدني القطري من بين القوانين المدنية التي أخذت بالنظرية وبنص عام فيه، وهذا النص من النظام العام وكل اتفاق يخالف أحكامه هذه يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً. فإذا اتفق المتعاقدان عند إبرام العقد على إنه إذا أصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين بسبب ظروف طارئة غير متوقعة فلا يجوز لأي منهما أن يلجأ إلى القضاء طالباً حمايته كان الاتفاق باطلاً لمخالفته للنظام العام.

لائحة المراجع:

نايف بن جمعان الجريدان، أحكام العقود المدنية: دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2014.

شمس الدين قاسم الخزاعلة، نطاق سلطان الارادة، دار الكتاب الثقافي، الأردن، 2001.

بلقاسم زهرة، أثر نظرية الظروف الطارئة على العقود، رسالة ماستر، جامعة أكلي محند أولحاج، الجزائر.

شريف أحمد الطباخ، موسوعة الدفوع المدنية في ضوء القضاء و الفقه: الجزء الثاني، شريف أحمد الطباخ، موسوعة الدفوع المدنية في ضوء القضاء و الفقه: الجزء الثاني، 2015.

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الأول، منشورات الحلبي، ط3، 2015.

TEL + 212 771394949 www.allbahit.com Majalatlbahit2017@gmail.com

أيمن الدباغ، منهج الفقهاء المعاصرين في تناول نظرية الظروف الطارئة (تحليل ونقد)، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية) المجلد 28 (7)، 2014.

أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني بمذاهب الفقه و أحكام القضاء الحديثة، دارالعدالة، 2015.

محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد - المجلد الثامن، دارمحمود للنشر، القاهرة، ط1، 2014.

الأستاذ أنيس شلطف
باحث بسلك الدكتوراه في جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والسياسية
محامي بنقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين

خصوصية القواعد المسطرية في اثبات جريمة الاتجار في المخدرات واختصاصها القضائي

Specificity of the rules of procedure in proving the crime of drug trafficking and its jurisdiction

الملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على موضوع القواعد المسطرية في إثبات جريمة الإتجار في المخدرات واختصاصها القضائي في القانون الفلسطيني وذلك من خلال التطرق إلى التشريعات ذات الصلة بهذه الدراس والتي تتمثل في قرار بقانون رقم (18) لسنة 2015 المتعلق بمكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية و قرار بقانون رقم (26) لسنة 2018 المعدل لقرار بقانون رقم (18) لسنة 2015 وقانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001.

حيث تم تقسيم الدراسة إلى مبحثين، فتم تناول خصوصية مرحلة جمع الإستدلالات والأدلة في جريمة الإتجار في المخدرات وكذلك مرحلة التحقيق الابتدائي أمام النيابة العامة وذلك من خلال مقارنة القواعد العامة في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني مع القرارين بقانون السابقين، وكذلك تم دراسة طرق الإثبات في هذه الجريمة وخصوصيتها وتم تناول بعض وسائل الإثبات والأجهزة المتدخلة في هذه الجريمة سواء تلك القضائية أو المنجزة من قبل الأجهزة الأمنية والموازية المتدخلة فيها وذلك في المبحث الأول.

أما المبحث الثاني فتم دراسة الجهات القضائية المختصة في مواجهة مرتكبي جريمة الإتجار في المخدرات ومتابعتهم، وتوضيح السياسة الجنائية المتبناه من المشرع الفلسطيني في إسناد الإختصاص القضائي في هذه الجريمة إلى جهة قضائية مختصة مع التطرق إلى القانون الأردني لبياناً وجه الاختلاف والتشابه فيما بينهم، مع التطرق إلى معضلة ارتكاب هذه الجريمة في أعالي البحار على متن السفن الأجنبية.

على مر التاريخ لوحظ بأن ظاهرة المخدرات ظاهرة متشعبة و ضاربة في المجتمعات منذ العصور القديمة، فمن الشعوب من استخدمتها في التطبيب والعلاج وأخرى ذهبت لاستخدامها في طقوسها الدينية كالصينيين والهنود والسامريين.

ومع التطور العلمي بدأ الإنسان باستعمال هذه المواد المخدرة لأغراض طبية ، إلا أنه وفي ظل التطور التكنولوجي، وبدء خلط المواد المخدرة الطبيعية بمواد كيميائية ، بدأ يتم استعمالها من قبل بعض الأشخاص من ذوي السلوكيات المنبوذة اجتماعياً وقانونياً في استعمالات مخالفة للقانون، ومن هنا بدأ الحديث عن ظاهرة المخدرات كفعل منافي للسلوك عند استهلاكها والتجارة بها إلى أن بدأ تجريمها في القوانين الوطنية للدول.

وأمام التطورات الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية وسهولة تنقل الأفراد بين الدول، بدأت بعض الدول بزيادة إنتاج المخدرات الأمر الذي أدى بدوره إلى اتساع نطاق تداول المخدرات والتعامل بها بشكل مضطرد وكبير في غير الإطار القانوني والمنظم لتداولها و انتاجها.

ومن هنا بدأت الدول باتخاذ خطوات فردية في اطار قوانينها الداخلية من أجل محاربة جرائم المخدرات والاتجار فيها، فمنها من ذهبت لإصدار قوانين اجرائية وموضوعية خاصة في المخدرات كما هو الحال في قانون المخدرات اللبناني[718]، وبعض آخر نص على بعض القواعد الإجرائية في قوانين المخدرات التي أصدرها وترك الأخرى لقوانين الاجراءات الجنائية لتحكمه كما هو الحال للمشرع الفلسطيني.

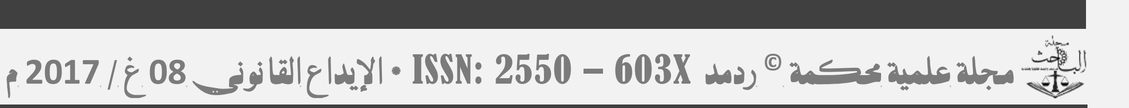
إلا أن هذه الجهود لم تفلح في مكافحة المخدرات بالنظر إلى زيادة الإتجار غير المشروع فيها، الأمر الذي استدعى بدء تكاتف الدول والعمل في اطار التعاون الدولي على محاربة هذه الجريمة التي أصبحت تسقط أنظمة اقتصادية كبيرة، كما أن بدء ارتباطها بالجريمة المنظمة والجرائم الالكترونية واعتمادها عليها بشكل كبير أدى إلى مخاوف دولية حول هذه الجريمة.[719]

فكانت أولى المبادرات في 13 يناير 1912 حيث تم إبرام معاهدة الأفيون في أمريكا ، ثم تبعها في جنيف التوقيع على مؤتمر الأفيون الثاني والبروتوكول الملحق بها في 19 فبراير 1925 إلى أن

---

718 قانون المخدرات والمؤثرات العقلية والسلائف اللبناني رقم 673 بتاريخ 16-03-1998 المنشور في الجريدة الرسمية عدد 14، ص: 975.

2 United Nations Office on Drugs and crime, The Drug Problem And Organized Crime, Illicit Financial Flows, Corruption And Terrorism, World Drug Report, Number 5, 2017, page: 9.



بدأ الحديث عن الاتجار غير المشروع في الاتفاقية الفريدة للمخدرات في عام 1961، لتتوج هذه الأعمال الدولية في اتفاقية (فيينا) الأمم المتحدة لمكافحة الإتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية لعام 1988.

وقد بدأت أولى المحطات التشريعية في القانون الفلسطيني بخصوص جريمة الاتجار في المخدرات بقانون العقاقير الخطرة الأردني رقم (10) لسنة 1955 إلى أن قامت سلطات الاحتلال بتعديله بموجب الأمر العسكري رقم (468) لعام 1972، أما المحطة الثانية فكانت صدور الأمر العسكري بشأن العقاقير الخطرة رقم (558) لعام 1975، الذي بقي معمولا به إلى حين صدور قرار بقانون رقم (1) لسنة 2015[720] بشأن مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية والذي عدلت وتممت بعض مواده بقرار بقانون رقم (26) لسنة 2018 وبقرار بقانون رقم (29) لسنة 2020.[721]

وقد تضمنت هذه القوانين السابقة العديد من الأفعال المكونة لصور جرائم المخدرات، بما فيها جريمة الإتجار في المخدرات وهو " الاحتراف في التعامل بالمخدرات أو اتخاذ الشخص من شراء المخدرات أو بيعها حرفة معتادة له ".[722]

وعملت القوانين السابقة على معالجة هذه الجريمة من خلال القوانين الجنائية الخاصة إلى جانب القوانين الجنائية الاجرائية من أجل مكافحتها والحد منها قدر الإمكان، الا أنه يوجد الكثير من التباين بين هذه القوانين وغيرها محل الدراسة.

ولكن، يمكن القول أن المشرع الفلسطيني انتهج سياسة جنائية واضحة في مكافحة جرائم المخدرات، وذلك من خلال سياسة جنائية وقوانين صارمة مع مراعاة حقوق الانسان كما هو متعارف عليها دوليا ووفقاً للاتفاقيات الدولية في بعض الأحيان.

ومن هنا عمل المشرع الفلسطيني في قوانينه الجزائية على تنظيم بعض أحكام الجوانب الإجرائية لجريمة الإتجار في المخدرات، منها الأحكام الخاضعة للمبادئ العامة في قانون الاجراءات الجزائية والبعض الآخر منها تخضع للقرار بقانون رقم (18) لسنة 2015م بشأن

---

[720] قرار بقانون رقم (18) لسنة 2015 المتعلق بمكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية، منشور بتاريخ 11 تشرين الثاني 2015، في الجريدة الرسمية عدد 9 ممتاز، ص 2.

[721] قرار بقانون رقم (26) لسنة 2018 بتعديل قرار بقانون رقم (18) لسنة 2015، منشور بتاريخ 31-07-2018، في الجريدة الرسمية عدد 18 ممتاز، ص 35.

[722] محمد أوغريس، جرائم المخدرات في التشريع المغربي – دراسة مقارنة -، ط 3، مطبعة دار القرويين، الدار البيضاء، 1998، ص، 48.

مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية وتعديلاته وذلك على أساس القاعدة القانونية التي تقضي بأن النص الخاص يطبق قبل النص العام ويقيده.

ولهذا خص المشرع الفلسطيني مرحلة جمع الاستدلالات المنظمة من قبل مأموري الضبط القضائي و مرحلة التحقيق من قبل النيابة العامة بخصوصية خاصة، ونص على بعض الإجراءات التي يمكن إعمالها في جريمة الإتجار والتي قد تكون ماسة بحقوق الانسان وبحرمة حياتهم الخاصة، الا أنه للظروف التي ترتكب فيها هذه الجريمة قرر المشرع التخلي عن بعض حقوق وحريات الأفراد مقابل ضمان عدم ارتكاب هذه الجريمة.

كما وتظهر بعض أوجه الخصوصية أيضا على مستوى وسائل الإثبات في هذه الجريمة، كما هو الحال ان تم إثباتها بمقتضى محاضر محررة من قبل ممن يحملون صفة الضبط القضائي وغيرها من وسائل وتقنيات البحث الخاصة كالتقاط المكالمات و الاختراق.

لما سبق أدخل المشرع الفلسطيني بعض الأجهزة التي يمكن اعتبارها أجهزة متدخلة في جرائم المخدرات، وذهب إلى إنشاء أجهزة مختصة في مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية منها الزجرية ومنها الغيرزجرية (الموازية).

أما بخصوص الاختصاص القضائي في جريمة الإتجار في المخدرات فبالرغم من أنه لا يعرف أية خصوصية ملحوظة في هذه الجريمة، الا أنه بدوره لم يسلم من خروج بعض جوانبه عن القواعد العامة للاختصاص القضائي بأنواعه، كما هو الحال على مبدأ الإقليمية الذي عرف بعض الاستثناءات بموجب تأثير الاتفاقيات الدولية المتعلقة بمكافحة ومحاربة الإتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية.

أهمية الدراسة

تظهر أهمية هذه الدراسة على المستويين النظري والعملي، حيث تبرز أهميتها على المستوى النظري لانصبابها للبحث عن سياسة المشرع الفلسطيني في تعامله مع جريمة الإتجار في المخدرات، فهذه الدراسة تعتبر ذو راهنية كبيرة في عصرنا الحالي، بالنظر إلى الأبعاد الاجتماعية والاقتصادية والقانونية التي أخذتها هذه الجريمة.

وتبرز أهمية الدراسة في توضيح دور الأجهزة المتدخلة سواء الأمنية أو الموازية في مكافحة جريمة الإتجار في المخدرات، وتحليل فلسفة المشرع الفلسطيني في مكافحة جريمة الإتجار في المخدرات من الناحية الإجرائية في قرار بقانون رقم (18) لسنة 2015 وتعديلاته

كما تبرز هذه الدراسة الإشكاليات التي تعرفها جريمة الإتجار في المخدرات من حيث إثباتها، وذلك من خلال الاستشهاد بالاجتهادات القضائية في جريمة الإتجار في المخدرات والمؤثرات العقلية، وتبقى الأهمية الأكبر على هذا المستوى إبراز الخصوصية التي يمتازبها قرار بقانون رقم (18) لسنة 2015 وتعديلاته في مقابل القواعد الإجرائية العامة.

أما الأهمية العملية لهذه الدراسة فتبرز من خلال الاجراءات العملية والواقعية المتبعة من قبل أجهزة العدالة الجنائية جمع الاستدلالات و إثبات جريمة الإتجار في المخدرات وقبض مرتكبيها، وكذلك تبرز أيضا في الأعمال والاجتهادات القضائية في بعض النقاط التي تمتاز بخصوصية خاصة أو في بعض الأحوال التي يكون فيها الإجراء المتبع أو المتخذ ماسا بحرية وحقوق الأفراد وضمانات المحاكمة العادلة.

المناهج المستخدمة

لجأ الباحث في دراسة هذا الموضوع إلى استخدام المنهج التحليلي من أجل تحليل النصوص القانونية في قرار بقانون رقم (18) لسنة 2015 وتعديلاته، وكذلك لتبيان ضوابط عمل أجهزة العدالة الجنائية وغير الجنائية المتدخلة في جريمة الإتجار في المخدرات، وتحليل الاختصاص القضائي للمحاكم في هذه الجرائم كما تم استخدام هذا المنهج متى كان من الممكن الاعتماد والاسترشاد بالأعمال والاجتهادات القضائية في مجال الإتجار في المخدرات.

اشكالية الدراسة.

تعتبر جريمة الإتجار في المخدرات من أكثر الجرائم تعقيداً، نظراً لخصوصية وسرية إتمامها، دون علم من أي شخص سوى مرتكبها، لهذا قامت التشريعات العربية والأجنبية والإتفاقيات الدولية بوضع الأسس القانونية الإجرائية لمحاربة هذه الجريمة، إلا أن هذه الإجراءات الجزائية عرفت خصوصية كبيرة تميزها عن الإجراءات الجزائية المتبعة في جرائم أخرى من قبيل التفتيش والحجز والمصادرة والاختصاص القضائي.

ومن خلال ما سبق ذكره نطرح الإشكالية الرئيسية التي تثار في هذه الدراسة وهي مدى فعالية الجوانب الإجرائية في الاستدلال والتحقيق في مواجهة جريمة الإتجار في المخدرات.

أما الاشكاليات الفرعية المنبثقة عنها فهي:

- إلى أي حد يستطيع المتدخلين في جريمة الإتجار في المخدرات اتخاذ الاجراءات اللازمة لكشفها وضبط مرتكبيها ؟

- مدى خصوصية الاختصاص القضائي في جريمة الإتجار في المخدرات على ضوء الاستثناءات الواردة على إقليمية النص الجنائي ؟

وسوف نعمل على الإجابة على هذه الإشكاليات من خلال تناول إجراءات الاستدلال والتحقيق في جريمة الإتجار في المخدرات (المبحث الأول)، والاختصاص القضائي في جريمة الإتجار في المخدرات (المبحث الثاني).

المبحث الأول: إجراءات الاستدلال والتحقيق في جريمة الإتجار في المخدرات.

يقوم الإثبات الجنائي على مبدأين مهمين هما حرية الإثبات وعموميته بقصد الحصول على الدليل الجنائي[723] من أجل تبرئة المتهم أو إدانته[724]، ويعتمد الإثبات على جمع أكبر عدد من الأدلة والحجج بقصد تأكيد إحدى الحجج وتدعيمها بأكبر عدد من الأدلة سواء تلك المادية أو التقنية، وذلك بالاحتكام إلى قواعد خاصة بجرائم الإتجار في المخدرات أو من خلال القواعد العامة للقوانين والإجراءات الجزائية، بحيث يتم تدخل عدد من الأجهزة المختصة بمكافحة الجريمة بشكل عام أو بتدخل أجهزة مختصة في بعض أنواع الجرائم.

وباستقراء بعض القوانين، نرى أن العديد من التشريعات قد قامت بالخروج عن المبادئ العامة المتبعة في جميع إجراءات البحث والتحري متى تعلق الأمر بجريمة الإتجار في المخدرات،

---

[723] يعرف البعض الدليل الجنائي بأنه "معلومة يقبلها المنطق والعقل يتم الحصول عليها بإجراءات قانونية ووسائل فنية أو مادية أو قولية، ويمكن استخدامها في أي مرحلة من مراحل التحقيق أو المحاكمة، لإثبات حقيقة فعل أو شيء أو شخص له علاقة بجريمة أو جاني أو مجني عليه".

- محمد الأمين البشرى، التحقيق في الجرائم المستحدثة، ب ط، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2004، ص 230.

[724] سفيان ناصري، الأدلة الجنائية المتحصلة بطرق غير مشروعة، رسالة ماستر (منشورة)، جامعة العربي بن مهيدي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، أم البواقي، 2011، ص14.

نظراً لخطورتها على الاقتصاد الوطني للدولة وكذلك على سلامة الأفراد باعتبارها آفة مجتمعية خطيرة.

ولهذا الأمر خص المشرع الفلسطيني إجراءات البحث والتحري والتدخل في جريمة الإتجار في المخدرات ببعض الخصوصية، وذلك على مستوى البحث والتحقيق فيها (المطلب الأول)، وعلى مستوى الأجهزة المتدخلة في إثباتها وطرق الإثبات التي تلجأ لها هذه الأجهزة لجمع الأدلة الكافية للإدانة أو البراءة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: خصوصية الاستدلال والتحقيق في جريمة الإتجار في المخدرات.

يترتب على القيام بأي فعل إجرامي مجموعة إجراءات قانونية ، نص عليها في قانون الإجراءات الجزائية، في أي مرحلة من مراحل جمع الأدلة الاستدلالي أو التلبسي، وذلك للتأكد من الفعل الإجرامي واسناده للجاني، إلا أنه يوجد بعض الخصوصيات على مستوى بعض الجرائم في القوانين الجزائية الفلسطينية، لهذا سوف نتناول في هذا المطلب خصوصيات مرحلة البحث والتحري في جريمة الإتجار في المخدرات من خلال تقسيمه إلى فقرتين، سوف نناقش في الفقرة الأولى "إجراءات مرحلة جمع الاستدلالات في جريمة الإتجار في المخدرات"، وفي الفقرة الثانية "مسطرة التحقيق في جرائم الإتجار في المخدرات"

الفقرة الأولى: إجراءات مرحلة جمع الاستدلالات في جريمة الإتجار في المخدرات.

إن أول مرحلة تتم لتحريك الدعوى الجزائية هي جمع الأدلة سواء أكانت في مرحلة جمع الأدلة الاستدلالي أو في حالة التلبس وذلك من خلال بعض الإجراءات المنصوص عليها قانوناً، لذا سوف نتناول التفتيش والحجز (أولاً)، وخصوصية حالة التلبس في جرائم المخدرات والوضع تحت الحراسة النظرية (ثانيا).

أولاً: البحث والتفتيش. عرف البعض التفتيش بأنه " اجراء تحقيقي يقوم به موظف مختص للبحث عن أدلة مادية لجناية أو جنحة وذلك في محل خاص أو لدى شخص وفقاً لأحكام قانونية "[725]، وقد قامت التشريعات بوضع قيود على القيام بأعمال البحث والتفتيش من قبل الأجهزة المختصة.

---

[725] يوسف أديب، النظام القانوني لتفتيش المنازل وإشكالاته، شهادة ماجستير (غير منشورة)، جامعة مولاي اسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مكناس، المغرب، 2009، ص 8.

وفي هذا الإطار اعتبر المشرع الفلسطيني أعمال البحث والتفتيش خارجة من إطار أعمال مرحلة جمع الاستدلالات باعتبارها موجبة للحصول على أمر قضائي من أجل القيام بها، فهي تدخل في نطاق مرحلة التحقيق الإعدادي المنجز من قبل هيئة قضائية، وذلك في نص المادة 39 من قانون الاجراءات الجزائية النافذ " دخول المنازل وتفتيشها عمل من أعمال التحقيق لا يتم الا بمذكرة من قبل النيابة العامة أو في حضورها، بناء على اتهام موجه إلى شخص يقيم في المنزل المراد تفتيشه بارتكاب جناية أو جنحة أو باشتراكه في ارتكابها، أو لوجود قرائن قوية على أنه يحوز أشياء تتعلق بالجريمة ".

وفي نفس الوقت تسمح المادة السابقة بندب مأمور الضبط القضائي للقيام بالتفتيش، الا أنه يعتبر تفتيشاً قضائياً وليس استدلالياً[726]، أما بالنسبة لتفتيش الأشخاص فأجاز المشرع الفلسطيني التفتيش في حالتين؛ الأولى: عند القبض على المتهم بارتكاب الجريمة في المادة 46 من نفس القانون، أما الحالة الثانية: فهي التفتيش الوقائي لتجريد المتهم مما قد يحمله من أسلحة.[727]

وخص المشرع الفلسطيني إجراءات التفتيش بمجموعة من الضمانات والقيود، حيث نص في المادة 43 من قانون الأجراءات الجزائية على ضرورة حضور المتهم أو حائز المنزل، وإن تعذر حضوره فيتم إجرائه بحضور شاهدين من أقاربه أو جيرانه مع التدوين في محضر التفتيش، ونصت المادة 41 على أوقات التفتيش التي أوجبت أن تكون نهارا ولا يجوز القيام بإجراءات التفتيش ليلا عدا في حالات التلبس أو الاستعجال.[728] أما تفتيش الأشخاص فنص المشرع الفلسطيني في القرار بقانون رقم (15) لسنة 2018 وتعديلاته في المادة 40 منه على تقنيات الفحص الطبي التي تسمح بإجراء فحص طبي لجسم المشتبه فيه بعد الحصول على إذن من النيابة العامة، وذلك إن توافرت دلائل جدية على أن الشخص ينقل مواد مخدرة في أعضاء جسمه أو قام بابتلاعها أو تعاطيها.[729] لكن يبقى الإشكال المطروح هل احترم المشرع الفلسيطيني

[726] محمد مصطفى علي غانم، تفتيش المسكن في قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني – دراسة مقارنة -،رسالة ماجستير (منشورة) جامعة النجاح، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، 2008، ص 40–42.
[727] محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 457.
[728] يحيى عيادة عودة الكردي، جرائم المخدرات وسبل مكافحتها في التشريع الفلسطيني – دراسة مقارنة -، رسالة ماستر (منشورة)، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العلية، نابلس، فلسطين، 2014، ص 49 و 160.
[729] المادة 40 من قرار بقانون رقم (18) لسنة 2015.



الضمانات القانونية والقيود المنصوص عليها في قانون الاجراءات الجزائية في مرحلة جمع الاستدلالات بخصوص جريمة الإتجار في المخدرات ؟

وباستقراء نصوص القانون الفلسطيني المتعلق بجرائم المخدرات والمؤثرات العقلية نرى أن القرار بقانون رقم (18) لسنة 2015 وتعديلاته لم ينص على أي مقتضى قانوني خاص بشأن عملية البحث عن الأدلة وجمعها، أي أن عملية جمع الاستدلالات تخضع للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية ، عدا ما ورد في نص المادة 40 والتي تطرح إشكالية حق الإنسان في السلامة الجسدية وضمان عدم الاعتداء عليه بالرغم من نص المادة السابقة على جواز إجراء تقنية الفحص الطبي على المشتبه فيه، وكذلك إسناده مهمة البحث والتحري في عملية التفتيش عن الأدلة إلى جهاز خاص وهو إدارة مكافحة المخدرات والذي أسند له القانون السابق الصفة الضبطية في عمليات جمع الاستدلالات بخصوص إحدى جرائم المخدرات.[730]

ثانياً: خصوصية حالة التلبس في جريمة الإتجار في المخدرات و الوضع تحت الحراسة النظرية.

1) التلبس في جريمة الاتجار في المخدرات.

يعتبر التلبس بالجريمة حالة ممتازة ودليل مادي على مخالفة المشتبه به للقانون، الأمر الذي يتطلب تدخل سريع في الإجراءات الجنائية لجمع الأدلة والقيام بما هو ضروري من أجل منع اندثارها[731]، وقد أسند قانون الإجراءات الجزائية مهمة جمع الاستدلالات في حالة البحث التلبسي إلى مأموري الضبط القضائي بموجب المادة 27 حيث نصت على قيامهم بالانتقال إلى مكان الجريمة على وجه الفور متى تعلق الأمر بجناية أو جنحة متلبس بها، ومعاينة مكان الجريمة وسماع أقوال الحضور و اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع ضياع الأدلة. إلا أنهم يمارسون مهمتهم تحت رقابة وإشراف النيابة العامة وذلك بموجب المادة 19 من القانون السابق.[732]

---

[730] المادة 11 من القرار بقانون رقم (18) لسنة 2015.

[731] أحمد قليش ومؤلفون آخرون، الشرح العملي لقانون المسطرة الجنائية، ط3، مطبعة الأمنية، الرباط، 2017، ص 70.

[732] نصت التشريعات الآتية على حالات التلبس في المواد التالية: - قانون المسطرة الجنائية المغربي في المادة 56، - قانون الإجراءات الجنائية المصري في المادة 30، -قانون المسطرة الجنائية الفرنسي في المادة 41، وكافة القوانين ذات ذات الأربع حالات لتحقق حالة التلبس، وأيضاً قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني في المادة 26 ولكنه لم يضف الحالة الرابعة وهي التماس مالك المنزل من النيابة العامة معاينة الجريمة المرتكبة بداخله.

أما بخصوص التلبس في جرائم الاتجار في المخدرات بشكل خاص فسوف أقوم بإظهارها من خلال حالات التلبس على اعتبار نص التشريعات المقارنة على نفس حالات التلبس، وذلك من أجل تبيان مدى إمكانية قيامها في حالة تلبسية.

- الحالة الأولى: إنجاز الفعل أو على أثر إنجازه: تتم في جرائم الإتجار في المخدرات كمشاهدة عضو الضابطة القضائية للمتهم عند شحنه للمخدرات من مكان معين و إفراغها في آخر، أو كأن يحضر عند تأهب المتهم لمغادرة مكان إفراغ المخدرات،[733] ويشترط هنا أن يكون المتهم حائزا للمخدرات.[734]

- الحالة الثانية: أن يكون الفاعل ما زال مطاردا بصياح الجمهور على إثر ارتكابها: من الأمثلة في هذه الحالة هو مطاردة أهالي الحي لمتهم بالإتجار في المخدرات من أجل بيعه المخدرات لأطفال الحي، ولذا لا بد من الحذر في هذه الحالة لأن الفرار قد يكون نتيجة للخوف وليس نتيجة لارتكاب جريمة الاتجار في المخدرات.[735]

- الحالة الثالثة: ضبط الجاني بعد وقوع الجريمة بوقت قصير يحمل أدوات تدل على ارتكابها أو أنه كان مشاركا فيها: من حالات قيام هذه الحالة هو أن يقوم ضابط الشرطة القضائية بإيقاف أحد الأشخاص المتهمين بالإتجار في المخدرات وبجوزته مبالغ مالية تفوح منها رائحة المخدرات، ولكن يبقى الشرط في هذه الحالة أن تكون الدلائل قوية على ارتكاب أو مشاركة المشتبه فيه بارتكاب الجريمة.[736]

- الحالة الرابعة: هي طلب صاحب المنزل من النيابة العامة أو المتمتعين بالصفة الضبطية في البحث عن الجرائم بالتحقق من وقوع جريمة داخل منزله، كأن يقوم صاحب المنزل باكتشاف كمية كبيرة من المخدرات مخبأة في حظيرة منزله، فيقوم بإخبار من سبقوه على وجه الحال.

---

733 المعطي الجبوجي، مكافحة المخدرات في التشريع المغربي بين النص والتطبيق، ط1، المطبعة السريعة، القنيطرة، 2010، ص 54-55.

734 محمد أوغريس، جرائم المخدرات في التشريع المغربي – دراسة مقارنة -، م س، ص 97.

- انظر القرار رقم 2019/249 الصادر بتاريخ 9 /2019/07، الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية، منشور في: https://maqam.najah.edu/judgments/4610/

735 زكرياء حساني، سياسة التجريم والعقاب في قانون زجر الإدمان على المخدرات السامة ووقاية المدمنين على هذه المخدرات – دراسة ظهير 21 ماي 1974 -، م س، ص 66.

736 المعطي الجبوجي، مكافحة المخدرات في التشريع المغربي بين النص والتطبيق، م س، ص 56.

ولا بد أن تكون المشاهدة من قبل أجهزة العدالة الجنائية ذوي الصفة الضبطية في التثبت من وقوع الجرائم، أما إن حصلت وأخبر بها من قبل أحد الأشخاص، فلا تقوم حالة التلبس إلا عند انتقال حامل الصفة الضبطية إلى مكان الجريمة للتثبت من وقوعها.[737] في النهاية يتبين لنا بأن حالة التلبس في جرائم الاتجار في المخدرات لا بد أن تكون متواجدة وذلك من أجل ضبط الدليل الذي يدين المتهم وهو الصلة المادية ما بينه وبين كمية المخدرات المضبوطة.

2) القبض في جريمة الاتجار في المخدرات.

يعتبر إجراء القبض إجراء ماس في حرية الإنسان كونها تقيد منها، واختلفت التشريعات المقارنة في تناولها له وكذلك في الضمانات المعطاة للمشتبه فيه عند تعلقها بإحدى جرائم المخدرات.

وقد ذهب المشرع الفلسطيني في قانون الإجراءات الجزائية على أن مدة القبض، لا يمكن أن تتجاوز مدة 24 ساعة وعلى وجوب قيام مأمور الضبط القضائي بتسليمه إلى النيابة العامة داخل هذه المدة إن لم يجد ما يبرر ابقاءه مقبوضاً عليه يقوم بإطلاق سراحه[738]، وله الحق في إلقاء القبض على المشتبه فيهم متى توفرت إحدى حالات التلبس في الجنايات أو الجنح وذلك بمقتضى المادة 30 من نفس القانون وإن كان هذا القبض بلا مذكرة، لكن مع شريطة التقيد بنص المادة 34 من قانون الإجراءات الجزائية ،[739] ولم يخرج المشرع الفلسطيني عن هذه القواعد العامة في قانون مكافحة المخدرات بل اكتفى بالقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية .

ويلاحظ أن المشرع الفلسطيني قد أخذ بنهج المشرع المصري في نص المادة 36 من قانون الإجراءات الجزائية المصري، وذلك حول مدة القبض على المتهم الذي قيدها بألا تتجاوز مدة 24 ساعة وضرورة إحالة الشخص المتلبس في الجريمة على النيابة العامة خلال هذه المدة،

[737] المعطي الجبوجي، مكافحة المخدرات في التشريع المغربي بين النص والتطبيق، م س، ص 57.
[738] المادة 34 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني.
[739] مصطفى عبد الباقي، شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2003 – دراسة مقارنة -، ب ط، وحدة البحث العلمي والنشر، بيرزيت، 2015، ص 243.

أما في غير حالة التلبس فلا بد من أن يكون إذن القبض كتابي من النيابة العامة حسب المادة 35 من قانون الإجراءات الجزائية المصري.[740]

الفقرة الثانية: مسطرة التحقيق في جرائم الإتجار في المخدرات.

تعتبر مرحلة التحقيق الإبتدائي[741] مرحلة قضائية بامتياز، وتقوم فلسفتها على جمع المعلومات وظروف ارتكابها من خلال القيام بمجموعة من التحريات من أجل المساعدة على إدانة المتهم أو تبرئته[742]، وقد أسند المشرع الفلسطيني التحقيق كقاعدة عامة[743] إلى النيابة العامة أي أنها تجمع ما بين سلطتي الاتهام والتحقيق، وقد نص قانون الإجراءات الجزائية على وجوبية التحقيق في الجنح والجنايات التي تزيد فيها مدة الحبس عن ستة أشهر،[744] أما بالنسبة لمدد الحبس الاحتياطي فقد تنوعت بحسب المصدر لقرار الحبس الاحتياطي، حيث أعطى وكيل النيابة العامة صلاحية التوقيف لمدة 48 ساعة، وقاضي الصلح يمكن له تمديد التوقيف بطلب من النيابة العامة لمدة 15 يوما قابلة للتجديد على ألا تتجاوز مدة 45 يوما، ويمكن لقاضي محكمة البداية أن يقوم بتمديد مدة التوقيف بطلب من النائب العام، شريطة ألا تتجاوز مدة التوقيف 45 يوما.

وفي حالة ما اقتضت طبيعة الجريمة وخطورتها أن تزيد مدة التوقيف عن ثلاثة أشهر يجب أن تقوم النيابة العامة بعرض المتهم على المحكمة المختصة، ولا يمكن أن تزيد مدد التوقيف عن مدة العقوبة المقررة للجريمة،[745] والتحقيق الابتدائي بالنسبة لجرائم الاتجار في

---

[740] أشرف توفيق شمس الدين، شرح قانون الإجراءات الجنائية (الجزء الأول: مرحلة ما قبل المحاكمة)، م س، ص 169 – 170.

[741] تسمى مرحلة التحقيق الإبتدائي في قانون الإجراءات الفلسطيني بمرحلة التحقيق الإبتدائي بموجب المادة 55 لتمييزه عن مرحلة التحقيق الأولي (مرحلة جمع الاستدلالات).
- مصطفى عبد الباقي، شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2003 – دراسة مقارنة -، م س، ص88.

[742] أحمد قليش ومؤلفون آخرون، الشرح العملي لقانون المسطرة الجنائية، م س، ص 174.

[743] من الدول التي أسندت سلطة التحقيق إلى مؤسسة قاضي التحقيق القانون المغربي والقانون الفرنسي، أما الدول التي أسندتها إلى النيابة العامة مثل القانون الفلسطيني والألماني.
- مصطفى عبد الباقي، شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2003 – دراسة مقارنة، م س ، ص83.

[744] الفقرة الثانية من المادة 31 من قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني.

[745] المادة 120 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني.

المخدرات في التشريع الفلسطيني يعرف حالتين بالنظر إلى التقسيم السياسي لدولة فلسطين ما بين الصفة الغربية وقطاع غزة.

فبالنسبة للتحقيق الابتدائي في جرائم الاتجار في المخدرات في الضفة الغربية نرى أن القرار بقانون رقم (18) لسنة 2015 وتعديلاته لا يوجد فيه أي مقتضى ينص على خصوصية تنفرد بها مرحلة التحقيق الابتدائي في جريمة الإتجار في المخدرات.

ولهذا يتم الرجوع إلى ما هو منصوص عليه في قانون الإجراءات الجزائية، بحيث تخضع مدد التوقيف وضمانات المحبوس احتياطيا والإجراءات المنصبة على الأشخاص والأشياء إلى المواد المنظمة للتحقيق الابتدائي والتوقيف، وتكون النيابة العامة هي السلطة المختصة بالتحقيق في جريمة الإتجار بالمخدرات وفق المادة 55 التي أسندت مهمة التحقيق الابتدائي إلى النيابة العامة،[746] كما لا يجوز أن يتم الاستجواب في جرائم تجارة المخدرات من قبل مأموري الضابطة القضائية بموجب انتداب قضائي كون أن الاستجواب في الجنايات من اختصاص النيابة العامة فقط، وبموجب المادة 21 من قانون المخدرات الفلسطيني تعتبر جريمة الاتجار في المخدرات جناية.

أما جرائم الاتجار في المخدرات في قطاع غزة فهي من اختصاص المحاكم العسكرية، ويتم التحقيق فيها من طرف النيابة العامة العسكرية، ذلك بموجب قرار المجلس التشريعي بغزة الصادر بتاريخ 27-12-2017 م على اعتبار أن جرائم الاتجار بالمخدرات جرائم قومية ، وكذلك استناداً إلى قرار وكيل وزارة الداخلية بغزة بإحالة قضايا جلب المخدرات عبر الحدود إلى هيئة القضاء العسكري.[747]

المطلب الثاني: خصوصية الإثبات في جريمة الإتجار في المخدرات والأجهزة المتدخلة في إثباتها.

---

[746] المادة 55 من قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني :" 1) تختص النيابة العامة دون غيرها بالتحقيق في الجرائم والتصرف فيها.2) للنائب العام أو وكيل النيابة العامة المختص تفويض أحد أعضاء الضبط القضائي المختص بالقيام بأي من أعمال التحقيق في دعوى محددة، وذلك عدا استجواب المتهم في مواد الجنايات. 3) لا يجوز أن يكون التفويض عاماً. 4) يتمتع المفوض في حدود تفويضه بجميع السلطات المخولة لوكيل النيابة".

[747] محمد فراونة، ضمانات استجواب المتهم في التحقيق الابتدائي (دراسة مقارنة في التشريع الفلسطيني والشريعة الاسلامية)، رسالة ماستر (منشورة)، الجامعة الاسلامية ، كلية الشريعة والقانون، غزة، فلسطين، 2018، ص 45 و47.

تقوم بعض التشريعات في قوانينها الجنائية أو في بعض القوانين الخاصة بالتنصيص على الأجهزة التي تقوم بالتحري عن الجرائم و إثباتها، وفي بعض الأحيان تقوم بإسناد هذه المهام إلى أجهزة تختص فقط في نوع معين من الجرائم كما هو الحال بالنسبة لجرائم المخدرات والإتجار بها في بعض الدول، كما أنها قد تقوم بوضع بعض طرق الإثبات الخاصة في جريمة الإتجار في المخدرات بالنظر إلى خطورتها، لذلك سوف نتطرق في هذا المطلب إلى أجهزة العدالة الجنائية المتدخلة في جريمة الاتجار في المخدرات (الفقرة الأولى)، ليتم من بعد مناقشة الخصوصية التي تعتري وسائل الاثبات التي تتبعها هذه الأجهزة من أجل إثبات الفعل الجرمي في (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: أجهزة العدالة الجنائية المتدخلة.

بالنظر لما تعكسه جريمة الإتجار في المخدرات من انعكاسات سلبية وخطيرة على المجتمع الدولي والوطني دأبت الدول على وضع استراتيجيات وسياسات جنائية خاصة في مكافحة جريمة الاتجار في المخدرات، وقامت بتوكيل مهمة مكافحة هذه الجريمة من الناحية العملية والأمنية إلى أجهزة أمنية خاصة في التصدي للجريمة، إلا أن التباين بين الدول يظهر في طبيعة الأجهزة الجنائية المتدخلة في مكافحة هذه الجريمة، فمن الدول من أسندت الاختصاص إلى الأجهزة الأمنية العادية، ودول أخرى قامت بإعطاء الاختصاص إلى أجهزة مختصة في مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية – فلسطين نموذجا – ، إلا أن هذا لم يمنع من وضع أجهزة موازية لمكافحة المخدرات إلى جانب الأجهزة الزجرية، لذلك سوف أناقش الأجهزة ذات الطابع الزجري (أولا)، و الأجهزة الموازية للأجهزة ذات الطابع الزجري في مكافحة المخدرات (ثانيا).

أولا: الأجهزة ذات الطابع الزجري.

أحدثت دولة فلسطين الإدارة العامة لمكافحة المخدرات في عام 1994 بموجب مرسوم رئاسي، وألحقته كأحد الإدارات التابعة للشرطة الفلسطينية، ويتبع في تنظيمه القانوني إلى قرار بقانون رقم (23) لسنة 2017 بشأن الشرطة، ويمكن أن نلخص مهامها بموجب المادة 10 من قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية الفلسطيني بالمهام التالية :

1) وضع الخطط الكفيلة بمكافحة جرائم تهريب المواد المخدرة وأي شكل للتعامل فيها.

2) التبادل المعلوماتي على المستوى الإقليمي والدولي للإمساك بتجار المخدرات.

3) مسك سجلات خاصة للمشتبه فيهم بما يضمن فعالية وسرعة ملاحقتهم لتقديمهم إلى العدالة.

4) المتابعة مع المعابر والحدود في الإبلاغ عن أي شخص يكون اسمه مدرج في قائمة تجار المخدرات لتسهيل مراقبة تحركاتهم.

5) القيام بأعمال التسجيل الجنائي الخاصة بالأشخاص المتعاملين في مجالات (التهريب، الاتجار، الزراعة، الإنتاج، الترويج، التعاطي).

6) الاتصال بالهيئات الأجنبية والدولية في كل ما تستلزمه إجراءات مكافحة المخدرات بالتعاون مع المكتب المركزي للشرطة الجنائية الدولية وبرنامج الأمم المتحدة لمكافحة المخدرات.

7) الإشراف على علاج المدمنين بالمصحات العلاجية.[748]

ثانيا: الأجهزة الموازية للأجهزة الزجرية في مكافحة الإتجار في المخدرات.

إيمانا من الدول بضرورة التعاون والتكاثف الدولي من أجل محاربة الأشكال المتطورة والحديثة من الجرائم لا سيما جريمة الاتجار في المخدرات، عملت الدول على الالتزام بما جاءت به الاتفاقيات والمعاهدات الدولية المعنية بهذا المجال، ومن هنا أحدث بعضت الأجهزة الموازية لأجهزة الأمن التي تساعد في مكافحة جريمة الإتجار في المخدرات.[749]

فأصدر الرئيس الفلسطيني الراحل ياسر عرفات " أبو عمار" المرسوم الرئاسي رقم 3 لسنة 1999 بشأن إنشاء اللجنة الوطنية العليا للوقاية من المخدرات، إلا أنها أثبتت فشلها كجهاز موازي إلى جانب الإدارة العامة لمكافحة المخدرات، وهو الأمر الذي أدى إلى حلها قبل صدور مرسوم رئاسي رقم 31 لعام 2005 لإعادة تشكيل هذه اللجنة.[750]

---

[748] المكتب الاعلامي، مكافحة المخدرات، 06-09-2015 (10:46 صباحا)، 01-02-2024 (7:35 مساء)، من: http://www.police.ps/ar/include/plugins/article/article.php?action=s&id=498
[749] جعفر العلوي، السياسة الجنائية في ميدان مكافحة جرائم المخدرات، مجلة القانون والاقتصاد، عدد 4، 1998، ص 53.
[750] يحيى عيادة كردي، ورقة بحثية حول التشريعات الفلسطينية لمكافحة المخدرات، إدارة مكافحة المخدرات، نابلس، 2016، ص 2 و3.

وبالرجوع للمرسوم المؤسس لهذه اللجنة نرى أنها تتبع لدولة رئيس الوزراء، بحسب المادة 1 والتي نصت أيضا على أعضاء هذه اللجنة، أما المادة الثالثة فقد أناطت بهذه اللجنة مهمة الحد من انتشار آفة المخدرات والعمل على الوقاية منها من خلال تقديم مشاريع قوانين، والقيام بإعداد الأبحاث والدراسات حول مخاطر وأضرار المخدرات، ووضع خطة وطنية شاملة للسيطرة على كل العقاقير المخدرة وتنفيذ اتفاقيات الأمم المتحدة المعنية بالمخدرات والمؤثرات العقلية لعام 1961 و1971 و1988، وغيرها من المهام الأخرى التي لها علاقة بمكافحة جرائم المخدرات والاتجار بها.[751]

الفقرة الثانية: خصوصية وسائل الاثبات في جريمة الاتجار في المخدرات.

عادة ما تنصب وسائل إثبات جريمة ما على الوقعة الإجرامية نفسها، وفي بعض الأحيان على واقعة أخرى لها صلة قوية في الجريمة المرتكبة، وقد أخذ المشرع الفلسطيني بحرية الإثبات في نص المادة 1/206 من قانون الإجراءات الجزائية[752].

وتعد السمة الأساسية لجرائم المخدرات بشكل عام تنوع وسائل الإثبات باعتبارها جرائم ماسة بسلامة الفرد من الناحية الجسدية والعقلية، وكذلك خطرها على الاقتصاد الوطني بالنظر إلى تكريسها للاقتصاد الخفي،[753] ولذلك سوف نقوم بإظهار مدى خصوصية هذه الوسائل مع الوقوف على السياسة التشريعية في إقرارها.

أولا: وسائل الإثبات المادية.

تتنوع وسائل الإثبات التقليدية في جرائم الإتجار في المخدرات ما بين محاضر الأجهزة المتدخلة في قضايا المخدرات و شهادة الشهود والمواجهة والخبرة، إلا أننا سوف نقتصر على محاضر الأجهزة المتدخلة في قضايا المخدرات وشهادة الشهود.

1) محاضر ذوي الصفة الضبطية والضابطة الجمركية.

---

751 المادة 3 من المرسوم الرئاسي الفلسطيني رقم (3) لعام 1999 المتعلق بإنشاء اللجنة الوطنية العليا لمكافحة المخدرات.

752 المادة 1/206 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني :" تقام البينة في الدعاوى الجزائية بجميع طرق الإثبات إلا إذا نص القانون على طريقة معينة للإثبات ".

753 عبد السلام بنسليمان، السياسة الجنائية في مواجهة المخدرات على المستويين الدولي والوطني – دراسة تأصيلية مقارنة -، اطروحة دكتوراه (غير منشورة)، جامعة محمد الخامس – أكدال، كلية العلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية، الرباط، المغرب، 2001، ص394.

بالرجوع لقرار بقانون رقم (18) لسنة 2015 وتعديلاته نرى أن التكييف القانوني لعقوبة جريمة الإتجار هي عقوبة سجنية مما يعني أنه لا حجية للمحاضر التي تنجزها الضابطة القضائية، بل يمكن الاستئناس بها من قبل المحكمة فحسب وذلك بموجب المادة 227 التي نصت على :" الإفادة التي يؤديها المتهم أمام مأموري الضبط القضائي، ويعترف فيها بارتكابه الجريمة تقبل إذا قدمت النيابة العامة بينة على الظروف التي أديت فيها، و اقتنعت المحكمة بأنها أخذت طوعاً واختياراً ". كون أن محاضر الضابطة القضائية تكون لها حجة في الجنح فقط.[754]

أي أن هذه المحاضر ذو حجية نسبية، فالنيابة العامة أو المحكمة تأخذ بها من باب المعلومات للاستئناس بها فقط وهي الأصل في المحاضر الجنائية في التشريع الفلسطيني،[755] وتجدر الإشارة إلى أن القانون بقرار الفلسطيني المتعلق بالمخدرات والمؤثرات العقلية قام بإعطاء أعوان الضابطة الجمركية الصفة الضبطية، الأمر الذي يكرس من الحجية المطلقة لمحاضر هذه الإدارة.[756]

2) شهاد الشهود.

تعتبر شهادة الشهود من أهم الوسائل التي تعمل على إثبات أو نفي الجريمة عن المتهم، وعرفتها محكمة النقض على أنها " أن كل ما يقرره الشخص مما يكون قد سمعه أو أدركه بحاسة من حواسه هي شهادة "[757]، وقد نظم قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني سماع شهادة الشهود ابتداءاً من المادة 221 من قانون الجراءات الجزائية والتي تناولت حالات السماح والاعفاء من سماع الشهادة والشروط الشكلية لقبلوها ومتى تكون لها حجية على الإدانة.

وقد خول قانون الإجراءات الجزائية سلطة تقديرية واسعة في استماعه لأي شخص قد تكون شهادته مفيدة لكشف الحقيقة[758]، وتجدر الإشارة إلى أن قرار بقانون الفلسطيني المتعلق

---

754 المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني.

755 مفيد زريقات، محاضر الضابطة القضائية - دراسة مقارنة -، رسالة ماستر (منشورة)، جامعة القدس، كلية الدراسات العليا، القدس، فلسطين، 2010، ص 122.

756 المادة 12 من قانون بقرار رقم 18 لسنة 2015 بشأن مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية.

757 أحمد ابراهيم سيد، مبادئ محكمة النقض في الاثبات الجنائي، ب ط، مطبعة دار الكتب القانونية، القاهرة، 2005، ص 114.

758 زكرياء حساني، سياسة التجريم والعقاب في قانون زجر الإدمان على المخدرات السامة ووقاية المدمنين على هذه المخدرات – دراسة ظهير 21 ماي 1974 -، م س، ص 73.

بمكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية نص في المادة 41 على حماية الشهود في جميع جرائم المخدرات الواردة في هذا القانون وعائلاتهم.[759]

ثانيا: وسائل الإثبات التقنية.

1) التسليم المراقب.[760]

يعتبر التسليم المراقب من أحدث الوسائل الفعالة في مكافحة جريمة الإتجار في المخدرات والقبض على الجناة الضالعين في ارتكابها، ويمكن تعريف هذه التقنية بأنها " أسلوب السماح للشحنات غير المشروعة من المخدرات أو المؤثرات العقلية أو المواد المدرجة في الجدول الأول والجدول الثاني المرفقين بهذه الاتفاقية أو المواد التي حلت محلها بواسطة طريقها إلى خارج إقليم بلد أو أكثر أو عبره أو داخله ويعلم سلطاته المختصة وتمت مراقبتها بغية كشف هوية الأشخاص المتورطين في ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في الفقرة (1) من المادة 3 من الاتفاقية ".[761]

لذلك يعتبر التسليم المراقب تقنية بحث وتحري خاصة، تسمح لشحنة من المخدرات غير المشروعة بمواصلة سفرها داخل بلد أو أكثر في ظل مراقبة مصالح الشرطة أو الجمارك وسلطات البلدان المعنية، وذلك بغية كشف كبار المهربين والقبض عليهم وحجز المواد المخدرة.

وذهب القانون الفلسطيني إلى النص على هذه التقنية في قرار بقانون المتعلق بمكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية وذلك في المادة 43، إلا أنه أعطى صلاحية القيام بها إلى وزير

---

759 المادة 41 من قانون بقرار رقم 18 لسنة 2015 " تلتزم الدولة بحماية الشهود والمبلغين والمصادر وأسرهم بما فيها الأصول والفروع المعرضة حياتهم للخطر بسبب القضايا التي تؤدي بلاغاتهم أو إخباراتهم أو شهاداتهم للكشف عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القرار بقانون، أوعن مرتكبيها أو المشاركين أو المتدخلين أو المساهمين أو المتسترين أوعن أدلتها وفقاً للقانون. 2. تلتزم الدولة بتعويض الشاهد والمبلغ في حال تعرضه للاعتداء أو أحد أفراد أسرته بسبب ما قام به من شهادة أو بلاغ، وتعويض ورثته في حال أدى الاعتداء للوفاة، على أن يكون المشمول بالحماية قد التزم بإجراءات الحماية. 3. للدولة الرجوع إلى الجاني أو الجناة لاستيفاء ما تحملته من أعباء أو تعويضات مالية، وذلك مع عدم الإخلال بالمحاكمة الجزائية".

760 جاءت به اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية لعام 1988.

761 المادة 1 الفقرة (ز) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المواد المخدرة والمؤثرات العقلية.

- عمراوي السعيد، الإتجار غير المشروع بالمخدرات وسبل مكافحته، أطروحة دكتوراه (غير منشورة)، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، الجزائر، الجزائر، 2017، ص 221.

الداخلية بعرض من المدير العام للشرطة، وإذن النائب العام مع ضرورة إخبار مدير الجمارك بنية العزم على تنفيذ عملية تسليم مر اقب.[762]

ومن هنا يتبين لنا مدى أهمية هذه التقنية في القبض على كبار البارونات في تهريب المخدرات والاتجاربها، بالنظر لتحكمهم بجميع العمليات المتعلقة بالمخدرات مما يوجب تكثيف محاربة هذه الفئة قانونيا وأمنيا بدلا من القبض على صغار الموزعين وملاحقتهم بدرجة أولى على اعتبارهم مجرد أدوات في يد بارونات المخدرات يمكن الاستغناء عنهم من قبلهم في أي لحظة.

2) التنصت على المكالمات والرسائل الهاتفية.

يعد التنصت على المكالمات الهاتفية والرسائل من أخطر تقنيات البحث الخاصة المخولة لأجهزة العدالة الجنائية، وذلك لمساسها المباشر في حرمة الحياة الخاصة للأفراد.

وسمح المشرع الفلسطيني بدوره باستخدام هذه التقنية في البحث والتحري، ونص على إمكانية استخدامها في الجنح والجنايات التي لا تقل فيها العقوبة عن عام حبسا، وتكون مدتها 15 يوما لا تجدد إلا لمرة واحدة، وقام بتخويل صلاحية اتخاذ هذا التدبير للنائب العام بإذن من قاضي الصلح وذلك بموجب نص المادة 51 من قانون الإجراءات الجز ائية.

وبموجب هذه المقارنة يبرز أن المشرع الفلسطيني في هذه النقطة قام بنوع من التوفيق ما بين حق الدولة في العقاب واحترام حرمة الحياة الخاصة ومراسلات الأفراد، وذلك بالنظر إلى المدة التي وضعها للقيام بهذا الإجراء.

ولكن كان لا بد على المشرع الفلسطيني تحديد الجر ائم التي يمكن اللجوء لهذه التقنية فيها بدلاً من تحديديها بمدة العقوبة للجر ائم المسموح استخدام تقنية التصنت على المكالمات والرسائل فيها لإثباتها الأمر الذي يوسع من طائفة الجر ائم التي يستخدم هذا الإجراء فيها لإثباتها.

المبحث الثاني: الاختصاص القضائي في جريمة الإتجار في المخدرات.

يعتبر تحديد الاختصاص للمحكمة في أية جريمة أمر مهم لمعرفة المحكمة المختصة سواء نوعياً أو مكانياً أو وطنياً أو دولياً، وذلك من أجل معرفة الاجراءات المتبعة أمامها على اعتبارات اختلاف التنظيم القضائي بين درجات المحاكم.

[762] المادة 43 من قانون الاجراءات الجز ائية الفلسطيني.

وفي ظل غياب تعريف قانوني لاختصاص المحاكم بشكل عام، يمكن اللجوء إلى التعريف التالي " نصيب المحكمة للبت في المنازعات التي يجوزلها الفصل فيها "، وقد عرفه البعض الآخر بأنه " هو ما قدرلجهة قضائية أو محكمة من ولاية نظرنزاع ما ".[763]

ويتم تحديد اختصاص محكمة معينة بالنظر في جريمة معينة عن طريق تمييز المحكمة للقضايا التي يعود لها سلطة النظروإصدار الأحكام فيها.

ولذلك سوف نقوم في هذا المبحث بمناقشة الاختصاص القضائي في جريمة الإتجار في المخدرات، وذلك من خلال تقسيمه إلى مطلبين، (المطلب الأول) سنناقش فيه كل من الاختصاص النوعي والمكاني، لنخصص (المطلب الثاني) لمناقشة الاختصاص الوطني للمحاكم في جرائم الإتجار في المخدرات، وذلك نظراً لبعض الخصوصيات التي قد يعرفها هذا النوع من الاختصاصات.

المطلب الأول: الاختصاص النوعي و الاختصاص المكاني.

من الاختصاصات التي تستند عليها المحاكم في تحديد ما إن كانت مختصة بالنظر في الدعاوى من عدمها هو كل من الاختصاص النوعي القائم على نوع القضية ووصفها فقد تكون تابعة لمحكمة الصلح أو لمحكمة البداية، وكذلك هنالك الاختصاص المكاني الذي يحدد الاختصاص بناءاً على أسس جغرافية مرتبطة في دائرة المحكمة التي تم وقوع أحد هذه الأسس في دائرتها.

لذلك سوف نعمل في هذا المطلب بالتطرق إلى الاختصاص النوعي في جريمة الإتجار في المخدرات (الفقرة الأولى)، و الاختصاص المكاني في جريمة الإتجار في المخدرات (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الاختصاص النوعي في جريمة الإتجار في المخدرات.

---

763 محمد عوني، سلطة القاضي في الدعوى المدنية، بحث نهاية التكوين، المعهد العالي للقضاء، الفوج 37، الرباط، 2013، ص 6.

- نقلا عن: زكرياء حساني، سياسة التجريم والعقاب في قانون زجر الإدمان على المخدرات السامة ووقاية المدمنين على هذه المخدرات–دراسة ظهير 21 ماي 1974 -، م س، ص 74.

يقصد بالاختصاص النوعي هو طريقة توزيع القضايا وفق نوعها ما بين المحاكم النظامية أو قضاء التحقيق، وذلك بناءا على خطورة الجريمة المرتكبة كما وصفت من قبل الجهة التي قامت بإحالة الجريمة.[764]

وقد قام المشرع الفلسطيني بتجريم جريمة الإتجار في المخدرات على أنها جناية وفق نص المادة 6 من قرار بقانون رقم (26) لسنة 2018 المعدل لقرار بقانون رقم (18) لسنة 2015 حيث نص على جريمة الإتجار في المخدرات بشكل صريح، كما عاقب عليها المشرع الفلسطيني بعقوبة سجنية لمدة لا تقل عن خمسة عشرة سنة وبغرامة مالية لا تقل عن خمسة عشر آلاف دينار أردني[765].[766]

كما ذهب في المادة 22 من قرار بقانون رقم (18) لسنة 2015 وتعديلاته للتشديد على عقوبة جريمة الإتجار في المخدرات لتصل إلى السجن المؤبد وبغرامة مالية تتراوح ما بين خمسة عشرة ألف دينار أردني و خمسة وعشرين ألف دينار أردني.[767]

وبناءا على عقوبة ووصف جريمة الإتجار في المخدرات في القانون الفلسطيني، فيعود النظر فيها لاختصاص محكمة البداية كدرجة أولى، وذلك لاختصاصها بالنظر في الجنايات المحالة

---

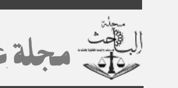
[764] زكرياء حساني، سياسة التجريم والعقاب في قانون زجر الإدمان على المخدرات السامة ووقاية المدمنين على هذه المخدرات – دراسة على ضوء مقتضيات ظهير 21 ماي 1974 -، م س، ص 75.

[765] المادة 6 من قرار بقانون رقم (26) لسنة 2018 المعدل بقرار بقانون رقم (18) لسنة 2015 :" يعاقب بالسجن المؤبد مدة لا تقل عن خمس عشرة سنة، وبغرامة لا تقل عن خمسة عشر ألف دينار اردني ... من ارتكب أي فعل من الأفعال التالية بقصد الاتجار.... ".

[766] عاقب المشرع المصري على جريمة الاتجار في المخدرات بعقوبة الإعدام وبغرامة من مائة ألف جنيه إلى خمسمائة ألف جنيه في حالة تصدير أو جلب جواهر مخدرة قبل الحصول على ترخيص بذلك أو في حالة انتاجها أو استخراج أو فصل أو صنع جوهر مخدر وفي حالة تأليف عصابة أو تنظيمها أو الاشتراك فيها لارتكاب الأفعال لسابقة داخل البلد وفي حلة التصدير والجلب و الحيازة و الافراز والشراء والبيع والتسليم والنقل بقصد الاتجار وذلك في المادة 33 من القانون رقم 122 لسنة 1989.

كما خير القاضي بين عقوبة الاعدام والأشغال الشاقة مع وجوبية الغرامة في حد يتراوح بين مائة ألف جنيه و خمسمائة ألف جنيه متى تمت الأفعال التالية بقصد الاتجار: الحيازة والشراء والبيع والتسليم والنقل والتقديم للتعاطي في غير الأحوال القانونية، و التصرف في حيازة مجوهر بخلاف ما هو مرخص له بذلك في الرخصة أو في ادارة أو تهيئة مكان لتعاطي المخدرات بمقابل، وشدد هذه العقوبات لتصل إلى الاعدام مع نفس قيمة الغرامة السابقة، وان استخدم الجاني قاصراً أو أحد الأصول أو الفروع أو ممن له مراقبة عليهم أو ان كان الجاني موظف عمومي أو من المكلفين بالإشراف والتتبع لهذه المواد أو ان استغل وظيفته في سبيل ارتكاب الأفعال السابقة أو في حالة العود أو تعلق الأمر بالكوكايين أو الهروين أو ان ارتكبت الجريمة في دور العبادة وأماكن اصلاحية أو عقابية أو ثقافية أو اجتماعية، وذلك في المادة 34 من قانون رقم 122 لسنة 1989 المصري.

[767] استبدل المشرع الفلسطيني عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة بعقوبة السجن المؤبد في المادة 1/3 من قرار بقانون رقم (26) لسنة 2018.



اليها بموجب قرار اتهام من النائب العام أو أحد مستشاريه وذلك بموجب البند الأول من المادة 168 من قانون الإجراءات الجزائية.[768]

أما القانون الأردني فقد أسند الاختصاص في جميع أنواع جرائم المخدرات كاملة بما فيها جرائم الإتجار في المخدرات في المملكة الأردنية الهاشمية إلى محكمة أمن الدولة، التي تعتبر صاحبة الولاية العامة في النظر في جرائم الإتجار في المخدرات بغض النظر عن مكان وقوعها.

حيث جاء البند الرابع في الفقرة الأولى من المادة الثالثة التي نصت على " تختص محكمة أمن الدولة بالنظر في الجرائم المبينة أدناه الي تقع خلافا لأحكام القوانين التالية أو ما يطرأ عليها من تعديل يتعلق بهذه الجرائم أو ما يحل محلها من قوانين :....، الجرائم الواقعة خلافا لأحكام قانون المخدرات والمؤثرات العقلية رقم (11) لسنة 1988 ".[769]

وبهذا يكون المشرع الأردني أسند الاختصاص في جريمة الإتجار في المخدرات لمحكمة خاصة اختصاصاً نوعياً، وهو ما يجب على المشرع الفلسطيني القيام به أو بتخصيص قسم قضائي متخصص بالنظر والبت في هذه الجريمة من أجل تحقيق أهداف قانون العقوبات وأهداف العقوبة ليتم تحقيق الردع العام والخاص بخصوص هذه الجريمة بالنظر إلى خطورتها الجسيمة.[770]

الفقرة الثانية: الاختصاص المكاني في جريمة الإتجار في المخدرات.

حدد المشرع الفلسطيني الاختصاص المكاني للقضاء الوطني بموجب المادة 163 من قانون الإجراءات الجزائية، حيث نص على أن الاختصاص المكاني ينعقد للمحكمة التي وقع في دائرة اختصاصها:

- مكان وقوع الجريمة،
- مكان إقامة المتهم،

[768] المادة 168 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني :" تختص محاكم البداية بنظر جميع الجنايات، وجرائم الجنح المتلازمة معها والمحالة إليها بموجب قرار اتهام ... ".

[769] المادة الرابعة من قانون محكمة أمن الدولة الأردني لعام 1959.

[770] قام المشرع الفلسطيني سابقا بالنص على محكمة الجنايات الكبرى التي كان من بين اختصاصاتها النظر في جرائم المخدرات المنصوص عليها في قرار بقانون رقم (18) لسنة 2015 وتعديلاته وذلك قبل العدول عنها لبعض الاعتبارات السياسية والحقوقية.

- مكان القبض على المتهم.[771]

فتكون محكمة البداية هي المختصة في جريمة الإتجار في المخدرات وفقاً للمعايير السابقة، ولم يولي المشرع الفلسطيني بدوره أية أهمية إلى المحكمة المختصة في حالة تعدد المحاكم التي لها الحق في النظر في الدعوى بناءاً على الاختصاصات السابقة، فيكفي أن تضع إحدى المحاكم يدها على القضية قبل محكمة أخرى من أجل انعقاد اختصاصها.[772]

وبالرغم من هذه القواعد، فقد أسند المشرع الفلسطيني الاختصاص في جرائم الإتجار في المخدرات إلى محكمة الجنايات الكبرى بموجب المادة الخامسة من قراربقانون رقم (9) لسنة 2018 بشأن محكمة الجنايات الكبرى،[773] والتي كانت تعقد في مدينة رام الله مؤقتا.

وكان من بين الاختصاصات النوعية والمكانية لهذه المحكمة بشكل حصري جريمة الإتجارفي المخدرات بغض النظرعن مكان وقوعها أو القبض على مرتكبها، الا أنه تم العدول عن إبقاء العمل في هذه المحكمة نظرا للظروف السياسية والاجتماعية التي نشأت خلالها، هذا بالإضافة للتجاوزات التي عرفتها على مستوى حقوق الإنسان وحريات الأفراد وحقوق الأفراد في المحاكمة العادلة والبت في القضايا في وقت قصير.

ومن خلال ما سبق، يستنتج أن المشرع الفلسطيني قد أبقى على الاختصاص المكاني العادي بالنسبة لجرائم الإتجارفي المخدرات دون إفرادها إلى محكمة مختصة مكانياً على وجه التحديد، والذي برأينا كان من المفترض أن يسندها إلى محكمة مختصة نظراً لخطورتها.

المطلب الثاني: الاختصاص الوطني للمحاكم في جريمة الإتجارفي المخدرات

---

[771] المادة 163 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني.

[772] مصطفى عبد الباقي، شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2003 – دراسة مقارنة -، م س، ص 356.

[773] المادة الخامسة من قرار بقانون رقم (9) لسنة 2018 :" تختص محكمة الجنايات الكبرى بالنظر في الجرائم الآتية: 1. جرائم القتل، ما عدا القتل الخطأ. 2. جرائم الاغتصاب وهتك العرض والخطف الجنائي. 3. جرائم الجنايات الواقعة على أمن الدولة الداخلي والخارجي. 4. جرائم الجنايات الواردة في القرار بقانون رقم (18) لسنة 2015م، بشأن مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية. 5. جرائم بيع أو تأجير أي جزء من الأراضي الفلسطينية، إلى دول معادية أو أي من مواطنيها أو رعاياها. 6. الشروع والتدخل والتحريض في الجرائم المبينة في الفقرات السابقة من هذه المادة. 7. الجرائم المتلازمة بالجرائم المبينة في الفقرات السابقة من هذه المادة ".

نصت المادة السادسة من قانون الاجراءات الجزائية على " إيفاء للغاية المقصودة من هذا القانون يتناول اختصاص محاكم فلسطين جميع أنحاء فلسطين وكسافة ثلاثة أميال بحرية من شاطئ فلسطين مقيسة من أوطى علامة للجزر".

وفي هذا الإطار سنناقش اختصاص المحاكم الوطنية في جريمة الإتجار في المخدرات على التراب الأجنبي (الفقرة الأولى)، و الاختصاص الوطني للإتجار في المخدرات وتهريبها في أعالي البحار (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: اختصاص المحاكم الوطنية في جريمة الإتجار في المخدرات على التراب الأجنبي.

سوف نناقش في هذه الفقرة نقطة تتعلق في حالة ارتكاب جريمة الاتجار في المخدرات من قبل أجنبي فوق تراب بلد أجنبي لما لها من بعض الخصوصية وبالنظر لكونها ليست من الاختصاصات الشائعة في الأنظمة الجزائية للدول، ومن هنا ذهب المشرع الفلسطيني في المادة 165 من ق إ بالنص على أنه " إن وقعت في الخارج جريمة من الجرائم التي تسري عليها أحكام القانون الفلسطيني، ولم يكن لمرتكبها محل إقامة في فلسطين، ولم يضبط فيها، ترفع عليه الدعوى أمام المحكمة المختصة في العاصمة القدس ".[774]

فمن خلال تحليل هذه المادة يكون المشرع الفلسطيني بدوره قد مد نفوذ اختصاص محكمة البداية في القدس والتي تعقد مؤقتا في مدينة رام الله لتشمل جرائم الإتجار في المخدرات المرتكبة خارج فلسطين.

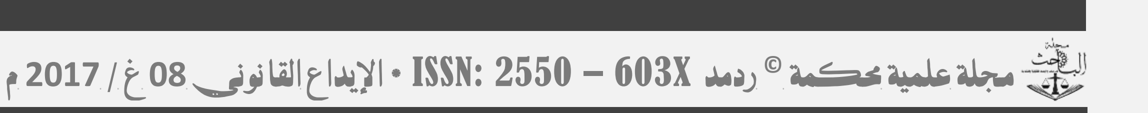
وكذلك فقد نصت المادة 13 من قانون العقوبات على الحالات التي يجوز فيها ملاحقة الشخص الذي حكم عليه بحكم أجنبي لارتكابه احدى جرائم المادة التاسعة من نفس القانون[775] وهذه الحالات هي:

- الأحكام التي صدرت في جرائم المادة 9 من قانون العقوبات.
- الأحكام التي صدرت في الخارج نتيجة ارتكاب فعل جرمي داخل الوطن.

---

[774] المادة 165 من قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني.

[775] المادة 9 من قانون العقوبات الفلسطيني :" تسري أحكام هذا القانون على كل أردني أو أجنبي – فاعلا كان أو شريكا محرضا أو متدخلا – ارتكب خارج المملكة جناية أو جنحة مخلة بأمن الدولة أو قلد ختم الدولة أو قلد نقودا أو وزر أوراق النقد أو السندات المصرفية الأردنية أو الأجنبية المتداولة قانون أو تعاملا في المملكة".



ولكن، لا تتم الملاحقة والمحاكمة من جديد في حالة ما كان الحكم الأجنبي قد صدر على المحكوم عليه نتيجة إخبار رسمي من السلطات الرسمية.

وبالرغم من عدم وجود أي ذكر لجريمة الإتجار في المخدرات في نص المادة 9 من قانون العقوبات ليشملها امتداد الاختصاص الوطني، فإن المادة 35 من قرار بقانون رقم (18) لسنة 2015 نصت على " يعاقب الشريك في أي جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القرار بقانون بأي صورة من صور الاشتراك، بما في ذلك التدخل في الجريمة أو التحريض عليها أو المساعدة على ارتكابها بعقوبة الفاعل الأصلي سواء ارتكبت الجريمة داخل الدولة أو خارجها ".[776] [777]

وفي هذا الإطار، يمكن القول بأنه لا بد من إسناد جريمة الإتجار في المخدرات إلى الجرائم الواردة في المادة التاسعة من قانون العقوبات وذلك بالنظر إلى خطورتها و آثارها الجسيمة على المجتمع الفلسطيني، وامكانية اللجوء لهذه الآفة من أجل إسقاط الفئة العمرية الشبابية في وحل الخيانة والعمالة.

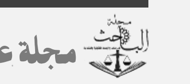
الفقرة الثانية: الاختصاص الوطني لجريمة الإتجار في المخدرات وتهريبها في أعالي البحار.

على الرغم من كون أن اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982 أقرت بتفتيش السفن الأجنبية المتواجدة في أعالي البحار، الا أنها لم تنص على تفتيشها ان تعلقت بالإتجار في المخدرات صراحة، بل كانت المادة المؤطرة لهذه الجريمة عمومية جدا حيث جاء في نص المادة 108 منها " تتعاون جميع الدول في قمع الإتجار غير المشروع في المخدرات والمواد التي تؤثر على العقل بواسطة السفن في أعالي البحار بما يخالف الاتفاقيات الدولية، ولأي دولة لديها أسباب معقولة للاعتقاد بأن سفينة ترفع عملها تقوم بالإتجار غير المشروع بالمخدرات أو المواد التي تؤثر على العقل أن تطلب تعاون دول أخرى لقمع هذا الإتجار".

---

[776] المادة 35 من قرار بقانون رقم (18) لسنة 2015 وتعديلاته.

[777] انظر القرار رقم 2019/19 الصادر بتاريخ 22 /2019/04، الصادر عن محكمة استئناف رام الله، في: https://maqam.najah.edu/judgments/4785/



الا أن هذه المادة بقيت قاصرة وغير محددة نظرا لصيغتها العمومية حول جريمة الإتجار في المخدرات، ومن هنا جاءت المادة 17 من اتفاقية فيينا لعام 1988 لتنص على قواعد القانون الدولي من أجل مكافحة الإتجار في المخدرات وتهريبها عن طريق البحار.

وكان هذا المبدأ هو أساس بدء التدخل في السفن الأجنبية المتواجدة في أعالي البحار، ويتم التدخل من طرف احدى الدول شرط أخذ المو افقة والإذن المسبق من الدولة التي تحمل تلك السفينة جنسيتها وعلمها، وفي حالة ما تم اكتشاف أدلة على ضلوع السفينة في عملية تهريب مخدرات أو الإتجار فيها فيجوز في هذه الحالة أن تقوم الدولة المتدخلة باتخاذ كافة الإجراءات الأمنية والقضائية أيضا في مواجهة مرتكبي الجريمة وفق ما تقضي به الأنظمة والقوانين الجزائية لديها محل الصلة بجريمة الاتجار في المخدرات.

وبالرغم من عدم تطرق المشرع الفلسطيني إلى انعقاد اختصاص محاكمه الوطنية متى تم ارتكاب جريمة الإتجار في المخدرات على متن سفينة أجنبية خارج البحر الإقليمي[778]، إلا أن فلسطين تبقى من الدول التي وقعت على اتفاقية فيينا لمكافحة الإتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية لعام 1988.

وهذا الأمر يسمح للأجهزة القضائية الفلسطينية بتطبيق كافة اجراءات الملاحقة والمتابعة الجنائية واجراءات المحاكمة في حالة تهريب المخدرات والإتجار فيها في أعالي البحار، ولكن مع ضرورة احترام الإطار القانوني للتعاون الجهوي والثنائي بين هذه الدول الموقعة.[779]

الخاتمة:

في الختام وفي ظل ما تم ذكره من نصوص قانونية وبعض نصوص الاتفاقيات الدولية التي تمت دراستها واستنتاجها وصل الباحث إلى معرفة خاصة بالخصوصيات التي تعتري مرحلة جمع الاستدلالات والتحقيق في جريمة الاتجار في المخدرات والاختصاص القضائي فيها في القانون الفلسطيني من قبيل بعض الاجراءات الخاصة بالتفتيش وكذلك بعض وسائل التددخل الحديثة المستخدمة مثل التسليم المر اقب والاختراق لضبط مرتكبي هذه الجريمة.

---

[778] تمتد مسافة البحر الإقليمي لدولة فلسطين الى مسافة خمسة كيلومترات من الشاطئ بموجب المادة 7 من قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960.

[779] محمد غراف، جرائم المخدرات وإجراءاتها العملية، م س، ص 91.

ناهيك عن مناقشة الاختصاص القضائي في جريمة الاتجار في المخدرات وفق قواعد الاختصاص القضائي الجنائي التي توصلنا فيها إلى ضرورة تحيين بعض النصوص للتمكن من تحقيق هدف العقوبة وهدف القانون الجزائي في الردع والإصلاح للوصول إلى تحديد مكامن الخصوصية في جريمة الاتجار في المخدرات.

وفي النهاية لا يسعنا إلا أن نقوم بعرض النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها بعد إتمامنا لهذا البحث على أمل أن تفيد في المستقبل في الحد من جريمة الإتجار في المخدرات والمؤثرات العقلية.

النتائج:

- من الأسباب المؤدية لعدم مكافحة جريمة تجارة المخدرات عدم وجود قانون يتضمن اجراءات عملية للقضاء عليها نظراً لغياب المجلس التشريعي مما يحد من صدور أي قانون إلا أن كان قرار بقانون صادر عن الرئيس الفلسطيني.

- جريمة الإتجار في المخدرات جريمة ضبطية، فيكفي ضبط المادة المخدرة من أجل إدانة الجاني بها.

- عدم جواز تدخل أي جهة من غير النيابة العامة في الدعوى العمومية عند تعلق الأمر بجرائم المخدرات كاملة.

- احداث السلطة الوطنية الفلسطينية لإدارة متخصصة في مكافحة المخدرات وإعطاء أعضائها الصفة الضبطية متى تعلق الأمر بإحدى جرائم المخدرات بما في ذلك الإتجار فيها.

التوصيات:

- اعادة تحديث وتفعيل دور اللجنة الوطنية العليا للوقاية من المخدرات.

- يجب مراجعة العقوبات المنصوص عليها بخصوص هذه الجريمة كون أن حالات التكرار في ازدياد.

- ضرورة ملائمة ظروف خضوع الشخص للتفتيش الداخلي وفق ضوابط قانونية محددة.

- ضرورة توحيد القوانين المتعلقة في هذا المجال بين الضفة الغربية وقطاع غزة.

- اسناد الاختصاص في جريمة الإتجار في المخدرات إلى القضاء العادي بدلا من العسكري في غزة.

- وضع الوسائل العلمية الحديثة للكشف عن المخدرات وضبطها تحت تصرف الأجهزة المختصة بالنظر إلى شح هذه الوسائل في الواقع العملي.

قائمة المصادروالمراجع

أ- المراجع:

- الكتب:

1. أحمد ابراهيم سيد، مبادئ محكمة النقض في الاثبات الجنائي، ب ط، مطبعة دار الكتب القانونية، القاهرة، 2005.

2. أحمد قليش ومؤلفون آخرون، الشرح العملي لقانون المسطرة الجنائية، ط3، مطبعة الأمنية، الرباط، 2017.

3. أشرف توفيق شمس الدين، شرح قانون الإجراءات الجنائية (الجزء الأول: مرحلة ما قبل المحاكمة)، بدون طبعة، بدون ذكر مكان الطباعة، 2012.

4. محمد الأمين البشرى، التحقيق في الجرائم المستحدثة، ب ط، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2004.

5. محمد أوغريس، جرائم المخدرات في التشريع المغربي – دراسة مقارنة -، ط 3، مطبعة دار القرويين، الدار البيضاء، 1998.

6. محمد عوني، سلطة القاضي في الدعوى المدنية، بحث نهاية التكوين، المعهد العالي للقضاء، الفوج 37، الرباط، 2013.

7. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

8. مصطفى عبد الباقي، شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2003 – دراسة مقارنة -، ب ط، ، وحدة البحث العلمي والنشر، بيرزيت، 2015.

9. المعطي الجبوجي، مكافحة المخدرات في التشريع المغربي بين النص والتطبيق، ط1، المطبعة السريعة، القنيطرة، 2010.

- الأطروحات والرسائل الجامعية:

➢ أطروحات الدكتوراه:

1. عبد السلام بنسليمان، السياسة الجنائية في مواجهة المخدرات على المستويين الدولي والوطني – دراسة تأصيلية مقارنة -، اطروحة دكتوراه (غير منشورة)، جامعة محمد الخامس – أكدال، كلية العلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية، الرباط، المغرب،2001.

2. عمراوي السعيد، الإتجار غير المشروع بالمخدرات وسبل مكافحته، أطروحة دكتوراه (غير منشورة)، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، الجزائر، الجزائر، 2017.

➢ رسائل الماجستير:

1. زكرياء حساني، سياسة التجريم والعقاب في قانون زجر الإدمان على المخدرات السامة ووقاية المدمنين على هذه المخدرات – دراسة ظهير 21 ماي 1974 -، رسالة ماستر (منشورة)، جامعة ابن زهر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادير، المغرب، 2018.

2. سفيان ناصري، الأدلة الجنائية المتحصلة بطرق غير مشروعة، رسالة ماستر (منشورة) ، جامعة العربي بن مهيدي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، أم البواقي، 2011.

3. محمد فراونة، ضمانات استجواب المتهم في التحقيق الابتدائي (دراسة مقارنة في التشريع الفلسطيني والشريعة الاسلامية)، رسالة ماستر (منشورة) ، الجامعة الاسلامية ، كلية الشريعة والقانون، غزة، فلسطين، 2018.

4. محمد مصطفى علي غانم، تفتيش المسكن في قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني – دراسة مقارنة -، رسالة ماستر (منشورة)، جامعة النجاح، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، 2008.

5. مفيد زريقات، محاضر الضابطة القضائية - دراسة مقارنة -، رسالة ماستر (منشورة)، جامعة القدس، كلية الدراسات العليا، القدس، فلسطين، 2010.

6. يحيى عيادة عودة الكردي، جرائم المخدرات وسبل مكافحتها في التشريع الفلسطيني – دراسة مقارنة -، رسالة ماستر (منشورة)، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العلية، نابلس، فلسطين، 2014.

7. يوسف أديب، النظام القانوني لتفتيش المنازل وإشكالاته، شهادة ماجستير (غير منشورة)، جامعة مولاي اسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مكناس، المغرب، 2009.

- المقالات:

1. جعفر العلوي، السياسة الجنائية في ميدان مكافحة جرائم المخدرات، مجلة القانون والاقتصاد، عدد 4، 1998.

2. يحيى عيادة كردي، ورقة بحثية حول التشريعات الفلسطينية لمكافحة المخدرات، إدارة مكافحة المخدرات، نابلس، 2016.

- المواقع الالكترونية:

1. المكتب الاعلامي، مكافحة المخدرات، 2015-09-06 (10:46 صباحا)، 2024-02-01 (7:35 مساء)، من: http://www.police98

- المراجع الأجنبية:

1. United Nations Office on Drugs and crime, The Drug Problem And Organized Crime, Illicit Financial Flows, Corruption And Terrorism, World Drug Report, Number 5, 2017.

ب-المصادر:

- الاتفاقيات الدولية:

1. اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982.

2. اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية لعام 1988.

3. اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المواد المخدرة والمؤثرات العقلية.

- التشريعات الوطنية:

1. قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001.

2. قانون الاجراءات الجزائية المصري رقم (150) لسنة 1950.

3. قانون العقوبات الفلسطيني رقم 16 لسنة 1960.

4. قانون المخدرات والمؤثرات العقلية والسلائف اللبناني رقم 673 بتاريخ 16-03-1998 المنشورفي الجريدة الرسمية عدد 14، ص: 975.

5. قانون محكمة أمن الدولة الأردني لعام 1959.

6. قرار بقانون رقم (18) لسنة 2015 المتعلق بمكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية، منشوربتاريخ 11 تشرين الثاني 2015 ، في الجريدة الرسمية عدد 9 ممتاز، ص 2.

7. قرار بقانون رقم (26) لسنة 2018 بتعديل قرار بقانون رقم (18) لسنة 2015، منشور بتاريخ 31-07-2018، في الجريدة الرسمية عدد 18 ممتاز، ص 35.

- القرارات القضائية:

1. القرار رقم 2019/19 الصادر بتاريخ 22 /2019/04، الصادر عن محكمة استئناف رام الله، منشورفي: https://maqam.najah.edu/judgments/4785/

2. القرار رقم 2019/249 الصادر بتاريخ 9 /2019/07، الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية، منشورفي: https://maqam.najah.edu/judgments/4610/

الأستاذة سلوى الوعماري
باحثة في سلك الدكتوراه كلية العلوم القانونية والاقتصادية
والاجتماعية جامعة محمد الأول بوجدة



Obstacles to legislative work in Morocco

مقدمة:

لان كان التشريع مهمة دستورية تساعد على وضع الأعمدة القانونية لإدارة الدولة، وتأسيس الحائز دولة الحق والقانون، التي تعزز مبادئ الشفافية والنزاهة والفعالية...، فإن مسألة تدبيره لا تزال تعتريه مجموعة من النو اقص فالترسانة التشريعية تستهدف بعض مظاهر القصور التي تتجلى في التضخم التشريعي ومحدودية استقراره الأمر الذي دفع بالمتدخلين في ورش التشريع إلى الاعتماد على معايير تشريعية حديثة، من قبيل الحكامة التشريعية، العقلنة البرلمانية، الإدارة الرشيدة.[780]

فظهور المؤسسات البرلمانية شكل مدخلا مهما للحد من مظاهر الاستبداد المطلق الذي شهدته العديد من الدول في الماضي، وقد ارتبط البرلمان بتطور الممارسة الديموقراطية الغربية حيث يعتبر منبرا لمر اقبة مالية الدولة.

فقد نص الدستور المغربي في جميع الصيغ والمراجعات التي عرفها منذ1962 إلى غاية الدستور الحالي في فصله الثاني على أن السيادة للأمة تمارسها مباشرة عن طريق المؤسسات الدستورية وعلى اعتبار أن وضع القوانين يجسد أهم مظاهر السيادة، فقد أسندت هذه الصلاحية من حيث المبدأ للبرلمان لكونه أولا مؤسسة دستورية، وثانيا لأنه يتكون من ممثلي الأمة، فاعتراف المشرع الدستوري المغربي ولأول مرة بالبرلمان كمؤسسة تمارس السلطة الفقرة 1 من الفصل70 من دستور2011 وكذا توسيع اختصاصاته إلى ثلاثين مجالا يعتبر إضافة نوعية لتطوير الرو افد التشريعية والأدوار الريادية التي يجب على البرلمان أداءها مستقبلا، ولكن النصوص غير كافية إذا ما تم إغفال الإمكانيات المادية والبشرية ووجود نخب برلمانية مؤهلة تشتغل في فضاء سياسي محفز للاجتهاد، فقد منحت الدساتير المغربية صلاحية القيام بالوظيفة

[780] -سيف الدين احميطوش " اليات تعزيز جودة التشريع" رسالة لنيل دبلوم الماستر المتخصص، القانون والممارسة القضائية، ص2017-2018 ص3.

التشريعية لفاعلين آخرين ويتعلق الأمر بكل من المؤسسة الملكية والحكومة، وصلاحية التقدم بملتمسات في التشريع من طرف المواطنين فالهدف من التشريع هو تنظيم الجماعة والمساهمة في تحديد السياسات العامة.

فسلوك وأداء البرلمان يخضع لتأثيرات يكون مصدرها النظام الدستوري والقانوني للنظام السياسي، ذلك أن البرلمان يتحرك في إطار منظومة دستورية وقانونية محددة لا يمكن تجاوزها أو القفز عنها، لاعتبار أن المؤسسات الدستورية بما فيها الملك والبرلمان والحكومة تنتظم في علاقتها وفق ما هو دستوري وقانوني كما يخضع هذا السلوك لتأثير عوامل بيئية داخلية وذاتية.

فمقاربة مسألة الزمن البرلماني هي ذات أهمية قصوى لما تحظى به من اهتمام من لدن الفاعلين والمهتمين بالعمل البرلماني.

فتدبير الزمن البرلماني قديم قدم المؤسسة البرلمانية ذاتها ونشأتها متأصلة في بريطانيا، ومنها شاع انتشارها حتى أصبحت لا تخلو مؤسسة برلمانية من ضوابط تحكم تدبير زمنها.[781]

فالزمن البرلماني هو الوقت المحدد أو غير المحدد الذي تستدعيه أشغال العمل البرلماني حسب نظام معين منصوص عليه في الدساتير وفي الأنظمة الداخلية للبرلمان، فهي تلك الأوقات المبرمجة للاستهلاك من طرف أعضاء البرلمان مثال على ذلك " مدة استغراق طلاح السؤال الشفوي" .[782]

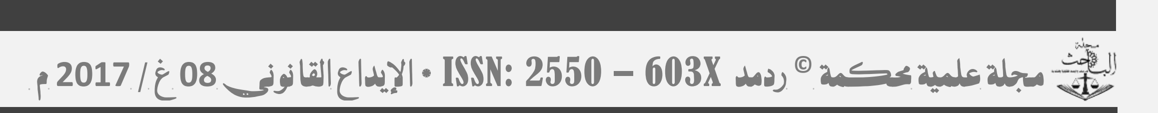
فإذا كان الزمن البرلماني هو كل الوقت المخول استهلاكه من طرف البرلمانيين في إطار ممارسة مهامهم واختصاصاتهم، سواء كانت محصورة في الزمن المصادقة على مشروع قانون المالية مثلا أو غيره محدد زمنيا النشاط الديبلوماسي الذي يقوم به أعضاء المؤسسة التشريعية.[783]

---

[781] -المصطفى بنعلي ، البرلماني المغربي الآن، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، 2001 ص56.

[782] - أم كلثوم جمال الدين، القانون البرلماني المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الأول، 2006/2005/ ص216.

[783] - المصطفى بنعلي، نفس المرجع، ص56.



المبحث الأول: معيقات العمل التشريعي بالمغرب:

يرمي تحضير النصوص القانونية بعد المبادرة لإعدادها إلى ترجمة الأفكار الأساسية الأولى التي تكون عادة وراء قيام تشريع واضح وصريح بشأنها يكتمل شكله وموضوعه بالمصادقة عليه من طرف البرلمان.[784]

فمسألة تحديد القانون تجد أساسها في الأفكار الدستورية المؤسسة لنظام الجمهورية الخامسة، فقد أشار ميشيل دوبري (Michel Debre) إلى أن إقامة أي نظام برلماني حقيقي يقتضي فيما يقتضيه تحديد مجال القانون.[785]

فالبرلمان يمارس اختصاصاته التشريعية وفق مقتضيات الدستور[786] وتبعا للنظام الداخلي لكلا مجلسي البرلمان،[787] هذه الإجراءات يمكن تلخيصها في خمسة مراحل الاقتراح، التداول، التصويت، الإصداروالنشر.

فحق الاقتراح يعرف بأنه العمل الذي يضع الأسس الأولى للتشريع بحيث يرمي تحضير مقترحات أو مشاريع قوانين بعد المبادرة لإعدادها إلى ترجمة الأفكار الأساسية الأولى، مشروع قانون تتقدم به الحكومة المتمثلة في رئيسها حينما تشعربالحاجة إلى سن قانون لسد فراغ معين في قطاع معين أو في احدى جوانبه، أوتنزيل سياسة عمومية، أو مقترح قانون من فريق نيابي أو عضو أو أكثر من أعضاء مجلسي البرلمان في شأن اقتراح نص قانوني جديد يعبر عن حاجة مجتمعية تحال بعد ذلك مشاريع ومقترحات القوانين من أجل النظرفيها.

على اللجان التي يستمر عملها خلال الفترات الفاصلة بين الدورات،[788] وتبعا للنظام الداخلي لمجلس النواب فرئيس المجلس هوالمسؤول على إحالة كل نص مشروع أو مقترح قانون تم التوصل به على اللجنة الدائمة.[789]

تقوم الأمانة العامة بتوزيع مقترحات القوانين التي تتوصل بها على باقي القطاعات الحكومية من أجل أخذ رأيها، تبتدئ المناقشة بناء على جدول أعمال حيث يضع مكتب كل من

[784] -محمد وعزيز، القانون البرلماني المغربي، مسطرة التشريع دراسة نظرية وتطبيقية، الطبعة 2006، مطبعة فضالة ص.29.
[785]- Joel Mekhaniar.doit politique et constitutionnelle. edition ESKA.paris.1997.p319.
[786] -الفصل 78 من الدستور 2011.
[787] - انظر المواد 93 الى 145 من النظام الداخلي لمجلس النواب 2004.
[788] -الفصل 80من دستور 2011.
[789] - المادة 97من النظام الداخلي لمجلس النواب2004.

مجلس البرلمان جدول أعماله ويتضمن هذا الجدول مشاريع ومقترحات القوانين، بالأسبقية ووفق الترتيب الذي تحدده الحكومة [790] ويكون لأعضاء البرلمان والحكومة حق التعديل وللحكومة بعد افتتاح المناقشة أن تعارض في بحث كل تعديل لم يعرض من قبل على اللجنة التي يعنيها الأمر.[791]

بعد مرحلة الاقتراح تحال مشاريع القوانين على أحد مكاتب مجلسي البرلمان حسب الأولوية التي حددها الفصل 78 من الدستور تودع مشاريع القوانين بالأسبقية لدى مكتب مجلس النواب غير أن مشاريع القوانين المتعلقة، على وجه الخصوص بالجماعات الترابية، وبالقضايا الاجتماعية، تودع بالأسبقية لدى مكتب مجلس المستشارين، أما مقترحات القوانين فتحال على مكتب المجلس الذي ينتمي إليها والذي يحيلها بدوره على اللجنة المختصة لدراستها وتقديم التعديلات بشأنها والتصويت عليها.[792]

لا يتم التداول في مشاريع ومقترحات القوانين التنظيمية من قبل مجلس النواب إلا بعد مضي 10 أيام على وضعها لدى مكتبه وفق المسطرة المشار إليها في الفصل 84.

فعملية التصويت تعد من أهم التقنيات في المسطرة التشريعية إذ على أساسها تتحدد قيمة النص بالقبول والمرور إلى المرحلة الموالية أو بالرفض فطريقة التصويت تكون إما بواسطة الجهاز الإلكتروني المعد لذلك أو برفع اليد أو بالاقتراع العمومي على المنصة، فبعد اكتمال جميع مراحل مسطرة المصادقة يتم إصدار القوانين وتنفيذها بأمر من الملك خلال ثلاثين يوما،[793] بعد تمام الموافقة عليها وذلك بموجب ظهير شريف.

المطلب الأول: الثنائية البرلمانية.

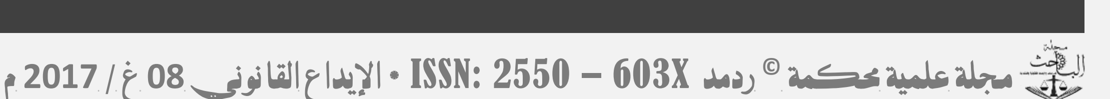
تبنى المغرب نظام الثنائية البرلمانية أول مرة مع الدستور الأول للمملكة المغربية سنة1962 الفصلين(45-44) غير أن هذا النظام لم يدم طويلا بعد إعلان الملك الراحل الحسن الثاني لظروف سياسية حالة الاستثناء بتاريخ 7يونيو1965، فعاد المغرب إلى نظام الغرفتين من خلال دستور1996، فنظام الغرفتين هو نسق مؤسسي يمارس فيه مجلسان مكونان بطرق مختلفة وظائف برلمانية حسب شروط يحددها الدستور وقد تباينت الآراء بصدد هذا النظام

[790]- الفصل 82 من دستور 2011.

[791] -المادة 102من النظام الداخلي لمجلس النواب 2004.

[792]-جدوى الثنائية البرلمانية بالمغرب وأثرها على قوانين النواب، مجلة مغرب القانون، 2019/08/04. www.Maroclaw.com.

[793] -المادة 102 من النظام الداخلي لمجلس النواب 2004.



بين اتجاه أكد على ضرورة وأهميته في الحياة السياسية للدول، وبين اتجاه أنكر رواده عليه هذه الأهمية، وفضلوا في المقابل نظام المجلس الواحد، على اعتبار أنه يضمن السرعة والبساطة في ممارسة السلطة التشريعية بعيدا عن المساطر والإجراءات الطويلة والمعقدة مع إمكانية حدوث تصادم مستمر بين الغرفتين بالشكل الذي قد يؤثر سلبا في السياسة التشريعية للدولة، إذ يمثل نظام الغرفتين تجزيئا لمبدأ السيادة التي لا ينبغي أن تتجزأ طبقا للممارسة الديمقراطية.[794]

فتقنية إصدار القانون من بين التقنيات الدستورية التي يملكها الملك والتي تمكنه من التأثير على السلوك والأداء التشريعي، ويعد الإصدار خطة قانونية لابد أن يمر بها التشريع.

والإصدار يجعل من الملك سلطة تشريعية حقيقية، لأن اعتراضه على دخول نص تشريعي حيز التنفيذ وعدم إصداره ينفي على النص وجوده القانوني.[795]

فتقنية الإصدار تعتبر في غاية الأهمية من حيث تحديد اتجاهات السلوك التشريعي التي ينبغي على البرلمانيين نهجها وآلية مهمة للتأثير والضغط على الأداء التشريعي بما يتو افق ويتلاءم مع الإرادة الملكية وقد عملت مختلف الدساتير على تضمين حق طلب القراءة الجديدة بالنسبة للملك (الفصل95) من دستور2011.

إذا كان البرلمان يستطيع أن يطيح بالحكومة عملا بالقاعدة التي تقول بأن أي جهاز يتمتع بسلطة إلا وتجد أمامه سلطة مضادة لأجل الحفاظ على التوازن فإن الحكومة في شخص رئيسها وكذا للملك[796] حق حل البرلمان كوسيلة رادعة، كما يشكل طلب القراءة الثانية نوعا من الاعتراف الملكي وذلك بخصوص المقترحات والمشاريع التي لا تحظى بقبول أو مو افقة الملك إما لعدم ملاءمتها للظروف الاجتماعية والاقتصادية أو لعدم دستوريتها وتوجهها السياسي.[797]

فمسطرة التشريع تتسم في الغالب بطول مدة صدور النص القانوني، نظرا لعوامل تتصل أساسا بتعدد المتدخلين سواء خلال مرحلة الاعداد، حينما يتعلق الأمر بمشاريع القو انين وما يستلزمه ذلك من مشاورات بين القطاعات الحكومية المعنية أو غيرها من المؤسسات المعنية.

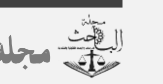
---

[794] - عبد الكريم غلاب ، التطور الدستوري والسياسي بالمغرب، مطبعة النجاح الجديدة المغرب، الطبعة الأولى1988، ص93.

[795]- يمينة هكو، المؤسسة التشريعية دراسة في البناء والاداء، التشريع والمراقبة حسب دستور1996، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية1999-2000، ص886.

[796] - الفصل 96 من دستور2011.

[797] - محمد أزواغ، اختصاصات رئيس الدولة في النظام الدستوري المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق الرباط سنة 1984،ص260.



TEL + 212 771394949 www.allbahit.com Majalatlbahit2017@gmail.com

أو من خلال مرحلة المصادقة والاعتماد باعتبارها مرحلة أساسية أمام ممثلي الأمة وما يقتضيه ذلك من نقاشات لتطوير النص القانوني وقد يتعلق الأمر بالضرورة على البحث على التو افقات اللازمة للمصادقة على النص القانوني، غير أنه قد نجد بعض النصوص التي تمر بولادات عسيرة تجعل من صدورها أحيانا أمرا صعب المنال،[798] فدائما تتهم الأغلبية البرلمانية فرق المعارضة بمحاولة وضع عر اقيل أمام تقدم العمل التشريعي للمجلس عبر طلبات التأجيل المتكررة والتي تؤثر سلبا بطبيعة الحال على تقدم الأداء وتسبب في تراكم النصوص قيد الدراسة والتصويت وتدخل بالتالي الأغلبية والمعارضة في صراعات سياسية وهو ما يتعاكس مع تدبير أمثل للزمن البرلماني.[799]

وهناك العديد من الاكراهات التي تقيد حرية البرلمانيين في التشريع، وهي إكراهات تكون إما بحكم القانون نفسه أو بحكم الو اقع، ويكون للحكومة الحق في أن تدفع برفض كل مقترح أو مبادرة تعديل قانون تؤدي إلى خلق اختلال بميزانية الدولة أو الرفع من التكاليف أو تمس بالموارد المالية.[800]

يحدد الدستور 2011 في فصله 100مدة عشرين يوما للحكومة للإجابة على الأسئلة المطروحة من طرف البرلمان تبدأ من تاريخ توصلها بالسؤال لكن الممارسة أثبتت بأن الجواب وإن تحقق لا يتم إلا خارج هذا الآجل الدستوري.[801]

المطلب الثاني: تأثير الزمن التشريعي على جودة التشريع:

تمر عملية التشريع التي تنتج القو انين تحت قبة البرلمان بعدة مراحل قبل الوصول إلى تطبيق هذه القو انين بعد نشرها بالجريدة الرسمية وتكون المسطرة التشريعية داخل البرلمان، إما بمبادرة الفرق البرلمانية أو من الحكومة وحق المبادرة البرلمانية يكون من طرف عضو أو عدة أعضاء من الفرق البرلمانية الذين يتقدمون بمقترحات القو انين، أما الحكومة فتقدم مشاريع القو انين وتعرضها للمصادقة على المجلس الحكومي، قبل عرضها على البرلمان، بحيث تحظى بالأولوية أثناء إدراجها في جدول أعمال اللجان الدائمة.[802]

---

[798] -رضى بوكمازي، هدر الزمن التشريعي بين اكراهات المسطرة وحسابات السياسيين. P.d.ma//128747-67362.html.

[799] -العربي الجديد: البرلمان المغربي.11اكتوبر2014 ..alaraby.co.uk/politics

[800] - 78715/ www.alakhbar.press.ma

[801] -محمد الغالي: تقرير حول حصيلة العمل البرلماني السنة التشريعية2003-2004، المغرب في مفترق الطرق2004-2005 منشورات وجهة نظر مطبعة النجاح الجديدة 2005 ، ص64.

[802] - www0alakbar.press.ma.12/24/26

فظاهرة تقوية الجهاز التنفيذي أصبح مبدأ عاما في جميع الأنظمة السياسية المعاصرة، حيث تعد سيطرة الحكومة على المجال التشريعي القاسم المشترك بين جل الأنظمة البرلمانية في العالم، وقد أصبحت ظاهرة طبيعية بالنظر إلى تراجع الدور الذي يلعبه البرلمان في مقابل زيادة سيادة الحكومة التي أصبحت تبادر التشريع من الناحية الو اقعية والفعلية مستغلة في ذلك قدرتها على التحرك والسرعة وامتلاك الوسائل المادية والقانونية[803].

فالمؤسسة التشريعية لم تستطع أن تواكب الإصلاحات الدستورية وذلك من خلال عدة مستويات حيث لايزال النظامين الداخليين للمجلسين دون المستوى المطلوب لتحقيق الملائمة الفعالة للمقتضيات الدستورية وتفصيلها، وتحقيق الانسجام المطلوب في المؤسسة التشريعية، ذلك أن هناك قوانين تنظيمية لم تفعل بعد، كما أن النظامين الداخليين للمجلسين لم يجيبا عن مجموعة من الإشكالات والتي يمكن ادراج بعضها على سبيل المثال:

عدم تمكن النظامين الداخليين للمجلسين من الإجابة عن إشكالية اقتراح كلا المجلسين لنفس مقترح القانون مع العلم أنه يجوز أن يتم التصويت على مقترحين في المجال نفسه.[804]

فرغم ضعف السلطة التشريعية المخولة للبرلمان واتساع السلطة التنظيمية المخولة للحكومة ، فإن المشرع الدستوري قد خول البرلمان تفويض ما تبقى له من السلطة التشريعية للحكومة وذلك في حالة التفويض التشريعي أو ما يسمى بقانون الاذن الذي يرخص بموجبه البرلمان لمنح الأهلية القانونية للحكومة لممارسة الوظيفة التشريعية في مجال معين ولمدة معينة ولبلوغ هدف دقيق.[805]

فهناك عدة أسباب تؤثر في جودة النص التشريعي من بينها استهلاك معظم الوقت في المناقشة العامة الأولية للنص نظرية تراجع الزمن البرلماني،[806] فقد ارتبط التدبير القانوني للزمن البرلماني كأهم أداة رقابية خضع توقيتها لتطور الممارسة البرلمانية كما تفشي تنظيم الزمن في الجلسات العامة أهمية خاصة .

---

[803] -يمينة هكو: وظيفة التشريع مقاربة مغاربية ، المغرب والجزائر، مطبوعات الهلال، وجدة الطبعة الأولى2006.
[804] - حليمة ماهير: القانون البرلماني وتأطير الممارسة البرلمانية بعد دستور 2011، السبت27ابريل2009. hedpress.com/492625
[805] -عبد الكريم الحديكي: التأثير المتبادل بين الحكومة والبرلمان في النظام الدستوري المغربي، دراسة مقارنة، اطروحة لنيل دكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، أكدال الرباط، 2003/2002ص64.
[806]- pierre januel- depute- article publie par l'express le 23/07/2013 – théorème de la rétraction de temps par lementaire. Blogs.lexpress.fr.



فتدبير الزمن هو أساس كل معركة برلمانية حيث يكون من الأهداف الرئيسية للمعارضة هي إنهاك كل الحجج ضد النص قيد الدراسة ومعه أعطاب المقرر والحكومة في نفس الوقت وهذه الإرادة في التعطيل والتأخير تكون في بداية الجلسة العامة وبخصوص المواد الأولى في ترتيب النص، ومناقشة المواد الأولى تطول ويكثر فيها تبادل الحجج والتبريرات لكن شيئا فشيئا يبدأ الوقت في التراجع، إلى أن يصل إلى دراسة سريعة لجوانب مهمة تم وضعها في آخر النص فهي تقنية معروفة...وهناك عنصران يمكن أن يدخلا في حساب هذه النظرية إما لإحالة على قراءة ثانية للمشروع أو اقتراب موعد العطل.[807]

أما في حالة المراسيم التشريعية الصادرة في مجال القانون أثناء الفترة الفاصلة بين الدورات البرلمانية أو ما يسمى بمراسيم الضرورة فعلى غرار الدساتير السابقة نص دستور 2011 في فصله 81 على أن هناك بعض مراسيم القوانين تصدرها الحكومة دون حاجة إلى قانون الإذن استنادا إلى حالة الضرورة وبهذه التقنية تصبح الحكومة مشرعا عاديا في الفترة الفاصلة بين الدورات البرلمانية وهي فترة طويلة قد تساوي فترة اشتغال البرلمان ومن شروط إصدار مراسيم الضرورة.

- وجود ضرورة تفرض إصدار هذه المراسيم.
- أن يكون ذلك في الفترة الفاصلة بين دورات البرلمان.
- أن يقع ذلك بالاتفاق مع اللجنة التي يعنيها الأمر.
- عرض المراسيم على أنظار البرلمان للمصادقة عليها.

بالإضافة إلى بعض الخلافات الجوهرية بين مختلف الفرقاء السياسيين حول منهجية وضع بعض القوانين كالقانون المتعلق بالانتخابات وهي خلافات لا تشمل الأغلبية في علاقتها مع المعارضة فحسب بل توجد وسط الأغلبية نفسها ويمكن أن نقدرما لهذه الخلافات من هدر غير مبرر للزمن السياسي،[808] وليس هناك شك أن برمجة الأعمال البرلمانية في حيز زمني محدد هو في

---

[807] - pierre januel-assistant parlementaire-– théorème de la rétraction de temps par lementaire. article publie par l’express le 23/07/2013 Blogs.lexpress.fr.

[808]- محمد زين الدين: استجواب نشر على الموقع الالكتروني لجريدة الصباح . www0assbah.press.ma 2014/10/20

حد ذاته يشكل عائقا في وجه انتاج نصوص تشريعية جيدة هذه المسطرة حسب بعض البرلمانيين البريطانيين هي وسيلة تهدف إلى تحقيق الكم ولا تنحني إلى تحسين جودة التشريع.[809]

فمن أبرز المعيقات العمل التشريعي أيضا ظاهرة الغياب وهي ظاهرة تشكو منها جميع البرلمانات، فهناك الغياب عن أشغال البرلمان، والغياب عن أشغال الفرق البرلمانية، وغياب العطاء الفردي للنائب البرلماني، فليس هناك فرقا في كل هذه الحالات، سواء على مستوى ضعف المردودية في العمل البرلماني عموما والعمل التشريعي للبرلمان على الخصوص أو على مستوى تراجع ترسيخ الفكر البرلماني ومصداقيات المؤسسات التمثيلية وتعميق الديموقراطية.[810]

فمعالجة ظاهرة الغياب لدى البرلمانين لا يمكن اختزالها في التحفيزات المالية أو شراء حضور البرلمانين...لأن المشكل أعمق من ذلك وبحاجة إلى مقاربة شمولية تنطلق من البرلماني في حد ذاته، الذي ما يزال ينظر إلى الوظيفة البرلمانية من منظور التشريف وليس التكليف.[811]

أما الاقتراحات الممكنة للحد من ظاهرة الغياب على سبيل المثال فهي كثيرة ومتنوعة ومن أهمها الإعلان المستمر عن البرلمانيين المتغيبين،[812] في جميع الجلسات من خلال التفعيل المستمر لألية المناداة على الأعضاء بأسمائهم عند الشروع في عملية التصويت، وتفعيل الجزاء عن الغياب من خلال الرفع من قيمة المبالغ المقتطعة لأن هذه الأخيرة تدفع النواب إلى الحضور وبالتالي إلى الإكثار من المبادرات التشريعية، إضافة إلى التأطير الفكري والقانوني من طرف أطر الأحزاب.[813]

فإذا كانت المعيقات التي تطرقنا إليها تحد من السلطة التشريعية للبرلمان فإن هناك من الظواهر والسلوكات ما يمكن تسميته بالمعيقات الذاتية والتي تشوش على مصداقية البرلمان وتسيء إلى سمعته وصورته لدى الرأي العام من قبيل فشل الأحزاب في لعب دورها واعتمادها على مترشحين ضعيفي التكوين لأن الأحزاب السياسية آلية عملية لتفعيل المشاركة السياسية

[809] - تجربة البرلمانات الوطنية، تقرير منشور في الموقع الرسمي لمجلس الشيوخ الفرنسي--- www.senat.fr
[810] -محمد العبدي، القانون البرلماني المغربي، مركز الدراسات والبحوث الإنسانية، وجدة محاضرة 2019/01/21.
[811] -عثمان الزياني، مفارقات الزمن البرلماني...في عبثية شراء حضور البرلمانيين مقال نشر في المساء2012/10/17. www.maghress.com
[812] - رشيد المدور، العمل البرلماني في المغرب قضايا واشكالات، الطبعة الأولى، المطبعة طوب بريس، الرباط2006، ص116-117.
[813] -الحبيب الدقاق، العمل التشريعي للبرلمان أية حكامة؟ مقاربة نقدية للقانون البرلماني والممارسة التشريعية بالمغرب، مطبعة الأمنية، الرباط2009 من 226-227 .



عن طريق استقطاب وتوظيف الأعضاء الفاعلين وتأهيلهم عبر دورات حزبية لأنه لا وجود لديمقراطية دون حياة حزبية حقيقية.[814]

خاتمة:

لترسيخ القيم الديمقراطية وقيم المواطنة ولتحديد المبادئ المؤطرة للممارسة البرلمانية فعلى البرلمان أن يتجاوز المعيقات في أداء مهامه ووظائفه التشريعية منها بالخصوص وأن يطبق وبكل مسؤولية نصوص الدستور والأنظمة الداخلية التي جاءت بموجبه لكي يتسنى له المرور إلى المرحلة المتقدمة من تدبير الزمن وتدارس معايير الجودة في الأداء وهي من عناصر الحكامة الجيدة وإلى إرساء قواعد التشاركية لضمان فعالية النص التشريعي ومنها بالإضافة إلى التفاعل الإيجابي بين الأغلبية والمعارضة فإذا كان العمل البرلماني يتسم بنوع من التعقيد والتقنية، فإن الكشف عن المستوى التعليمي للنخبة البرلمانية هو في حد ذاته يمكن اعتباره كمتغير أساسي يؤثر في السلوك والأداء، وبالتالي فإن صعوبة المهام والمسؤوليات البرلمانية يتطلب وجود مستوى تعليمي لا بأس به.

لقد قام دستور 2011 على تقوية دور البرلمان، وخصوصا مجلس النواب من أجل جعله المعبر الحقيقي عن إرادة الأمة وعلى الرغم من هذا التوجه فإن مؤسسة البرلمان عموما تظل مشرعا استثنائيا أمام الحكومة التي يخول لها الدستور اختصاصات صريحة، وكذلك أثبتت الممارسة السياسية دورها المهيمن على التشريع، فإذا كانت المستجدات الدستورية والقانونية ضرورية ومهمة في تأطير العمل البرلماني فإنها تحتاج إلى نخب برلمانية أكثر جرأة.

لائحة المراجع:

سيف الدين احميطوش " اليات تعزيز جودة التشريع" رسالة لنيل دبلوم الماستر المتخصص، القانون والممارسة القضائية، ص2017-2018.

المصطفى بنعلي، البرلماني المغربي الآن، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، 2001.

814 - محمد شنقير: ماهية الحزب السياسي، ترجمة على مقلد، دار النمار، بيروت1980 ص356.

كلثوم جمال الدين، القانون البرلماني المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الأول،2006/2005.

محمد وعزيز، القانون البرلماني المغربي، مسطرة التشريع دراسة نظرية وتطبيقية، الطبعة2006، مطبعة فضالة.

عبد الكريم غلاب ، التطور الدستوري والسياسي بالمغرب، مطبعة النجاح الجديدة المغرب، الطبعة الأولى1988.

يمينة هكو، المؤسسة التشريعية دراسة في البناء والاداء، التشريع والمر اقبة حسب دستور1996، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية1999-2000.

محمد أزواغ، اختصاصات رئيس الدولة في النظام الدستوري المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق الرباط سنة 1984.

محمد الغالي: تقرير حول حصيلة العمل البرلماني السنة التشريعية2003-2004، المغرب في مفترق الطرق2004-2005 منشورات وجهة نظر مطبعة النجاح الجديدة 2005.

يمينة هكو: وظيفة التشريع مقاربة مغاربية ، المغرب والجز ائر، مطبوعات الهلال، وجدة الطبعة الأولى2006.

حليمة ماهير: القانون البرلماني وتأطير الممارسة البرلمانية بعد دستور 2011، السبت27ابريل2009. hedpress.com/492625.

depute- article publie par l’express le 23/07/2013 – théorème pierre januel-- de la rétraction de temps par lementaire. Blogs.lexpress.fr.

الأستاذة شيماء جوهري
باحثة في سلك الدكتوراه كلية العلوم القانونية أكدال
جامعة محمد الخامس الرباط

دور القضاء الاجتماعي في تكييف عقود الشغل

The role of social justice in adjustment of the labour contracts

الملخص:

إن عقد الشغل من بين أكثر العقود أهمية في حياة الانسان، سواء بصفته أجيرا أو مشغلا. بحيث يعد أداة فعالة ساهمت وتساهم بشكل كبير في تنمية الشعوب اقتصاديا واجتماعيا. إن أهمية عقد الشغل دفعت التشريعات الحديثة إلى تأطير وتنظيم علاقات الشغل سواء الفردية منها أو الجماعية من خلال قواعد قانونية متينة ومتماسكة[815]، الهدف منها ضمان التوازن الاقتصادي والحقوقي بين الفرقاء الاجتماعيين.

ومما لا شك فيه انه مهما بلغت درجة تطور القاعد القانونية من حيث الصياغة اللغوية والحمولة الحقوقية إلا أنها لن تحقق الأهداف المنشودة منها إلا عن طريق تطبيقها من طرف القضاء تطبيقا سليما يلامس الو اقع الاقتصادي و الاجتماعي للأطراف المعنية بالشغل، فمن الطبيعي أن ينتج عن علاقات الشغل نزاعات مختلفة بين طرفي عقد الشغل (أجير – مشغل) وذلك بمناسبة تنفيذ أو إنهاء عقد الشغل، و التي لا تنتهي إلا بعد عرضها أمام أنظار القضاء للفصل فيها.

ويعد إثبات عقد الشغل أحد أهم القضايا التي تطفو على علاقات الشغل بل و أكثرها ترددا أمام القضاء الاجتماعي إلى جانب الفصل و إنهاء عقد الشغل إما لأسباب تعود للأجير أو للمشغل.

إن آلية التكييف القضائي للعقود بصفة عامة و لعقود الشغل الفردية بصفة خاصة يشكل أحد أهم المواضيع التي أسالت مداد فقهاء القانون، بحيث غالبا ما ترتبط آلية التكييف بنظام الاثبات الذي يعتبر الفيصل في البث في النزاعات الاجتماعية المطروحة أمام القضاء،

[815] ـ بالنسبة للمغرب فقد شكل هاجس جمع شتات القواعد القانونية المنظمة لعلاقة الشغل في مدونة واحدة و مستقلة أحد أهم انشغالات المشرع المغربي، و التي بدأت من خلال النظام النموذجي لسنة 1948 و انتهت بصدور قانون 65.99 المتعلق بمدونة الشغل.



فغالبا ما يحاول المشغل أن ينفي العلاقة الشغلية التي تجمعه بالأجير بوصفها أحد أنواع العقود المشابهة لعقد الشغل للتملص من الالتزامات القانونية الملقاة على عاتقه اتجاه أجرائه، بالمقابل يتشبث الأجير بوصف العقد بعقد الشغل بل يدفع دائما باعتباره عقد شغل غير محدد المدة نظرا للضمانات و الحقوق الذي يمنحها هذا العقد للأجراء، فيبقى القضاء الجهة المنوط لها بتحديد الوصف الدقيق و الحقيقي للعقد الرابط بين طرفي النزاع من خلال تفعيل آلية التكييف القضائي للعقود.

ABSTRACT

Labour contracts play a crucial role in both individuals' lives as workers and employers. They serve as an effective tool that significantly contributes to economic and social development. Recognizing the significance of labour contracts, modern legislation has established robust and coherent legal regulations to govern individual and collective labour relations. These laws aim to maintain a balance between economic interests and human rights among different social groups.

It is important to acknowledge that the effectiveness of legal rules depends not only on their linguistic formulation and rights provisions but also on their proper application by the judiciary. The judiciary must consider the economic and social realities of the parties involved. Consequently, disputes often arise between the employer and employee during the execution or termination of the employment contract. These disputes may only be resolved through judicial intervention.

Proof of the employment contract is a critical matter that frequently arises in labour relations, often becoming a primary issue before social justice, along with cases of dismissal and contract termination. Scholars and legal experts have extensively examined the judicial mechanisms used to address contract disputes, particularly employment contracts. These mechanisms are crucial in resolving

social conflicts before the courts. The evidentiary system is closely intertwined with the adaptation mechanism, as it plays a decisive role in social disputes presented in court. In an attempt to avoid legal obligations, employers often attempt to deny the existence of an employment relationship and treat it as a different type of contract. However, employees should be entitled to the guarantees and rights provided by an indefinite employment contract. It is the responsibility of the judiciary to determine the accurate and authentic description of the contract between the conflicting parties by operationalizing the judicial adjustment mechanism for contracts.

مقدمة:

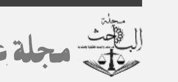
يعتبر القضاء بشكل عام والقضاء الاجتماعي بشكل خاص، فاعلا أساسيا في مجال تنظيم علاقات الشغل الفردية والجماعية وما ينتج عنها من آثار، بحكم أنه الجهة الموكول لها تفعيل النصوص القانونية وبث الروح فيها، بل الأكثر من ذلك فهو يقوم أحيانا بتقديم حلول لمشاكل جد مستعصية[816]، وله دور بارز أمام نزاعات الشغل الفردية في سبيل وصوله إلى تحقيق العدالة الاجتماعية المرتقبة منه. و إذا كان الهدف الأول لقانون الشغل يرتكز بالأساس على تنظيم علاقات الشغل وفقا لمبدأ حسن النية[817]، من خلال إقرار مفاهيم جديدة مرتبطة بحقوق الأجير من جهة ومتطلبات المقاولة من جهة أخرى، فإن الحماية القضائية لطرفي عقد الشغل مطلب اقتصادي واجتماعي يخدم مصالح المؤسسة بكل مكوناتها، وبشكل يكفل ضمان الاستقرار الاجتماعي المرغوب فيه

وأمام التطور الكبير الذي عرفه العمل القضائي عند أو بمناسبة النظر في النوازل المعروضة أمامه م خلال الحرص اللازم على ضمان استقرار عقود الشغل بصفة عامة[818] و

816- عبد اللطيف شنتوف القضاء الاستعجالي في المادة الاجتماعية بين الواقع والمأمول، مجلة القضاء المدني العدد 9، سنة 2014، ص 114.

817- عز سعيد العمل القضائي المغربي في نزاعات الشغل الفردية مرجع سابق، ص 180، انظر كذلك يونس العياشي، استقرار علاقات الشغل في القانون المغربي والقانون المقارن، أطروحة لنيل دبلوم الدكتوراه في الحقوق جامعة محمد الخامس أكدال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 2012/2011، ص 35 وما بعدها.

818- شيماء جوهري، دور القضاء الاجتماعي في نزاعات الشغل الفردية، رسالة لنيل دبلوم الماستر تخصص قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية أكدال، جامعة محمد الخامس الرباط ، 2017 ،الصفحة 2 .



استمرار نشاط المقاولة باعتبارها الخلية الأساسية و النواة الاقتصادية الداعمة لتنمية المجتمع.

تنصرف الحماية القضائية للأجير أثناء قيام العلاقة الشغلية إلى تلك المؤطرة من طرف القاضي أثناء مزاولة الأجير لعمله، بحيث يحرص على تكييف عقود الشغل وكذا تحديد طبيعتها القانونية وفق الشكل الصحيح.

فغالبا ما يميل المشغلون إلى وصف العقد بالمحدد المدة، نظرا لما يتيحه هذا الأخير من ليونة في الإنهاء و من محدودية الضمانات القانونية المخولة للأجير الذي يتعاقد في إطاره[819].

وفي هذا الإطار يبرز دور القضاء في تكييف عقود الشغل بناءا على مجموعة من العناصر الجوهرية التي يقوم عليها.

وبالتالي نطرح التساؤل حول مدى مساهمة العمل القضائي في إيجاد حل للإشكالية المرتبطة بعقد الشغل من حيث التكييف بصفة عامة ومن حيث تمييز عقد الشغل المحدد المدة عن غير المحدد المدة بصفة خاصة؟

وعلى هذا الأساس سنقوم بتقسيم هذا الموضوع إلى مطلبين، حيث سنبين في المطلب الأول ماهية التكييف القضائي، لنخصص المطلب الثاني لعلاقة التبعية باعتبارها عنصرا أساسيا في تكييف عقود الشغل.

المطلب الأول: ماهية التكييف القضائي لعقد الشغل:

فيما مضى كان الأصل أن يعمل لأجير لدى المشغل لمدة زمنية معينة، أي أنه يرتبط معه بعقد شغل محدد المدة[820] وذلك اعتمادا على مضمون الفصل 727 من قانون الالتزامات والعقود الذي جاء فيه <<لا يسوغ للشخص أن يؤجر خدماته إلا إلى أجل محدد...>>. كما أن النظام النموذجي ل 23 أكتوبر 1948 ميز في مادته الأولى بين الأجراء الثابتين و المؤقتين و اعتبر أن الأصل هو أن يبرم عقد الشغل لمدة محددة و لو تجاوز الامر مدة سنة استنادا على مبدأ حرية الإرادة.

819- محمد سعيد، أثر العمل القضائي على عقود الشغل، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2006/2005، ص 11.

820- فتح الله الزين عرفات، الطبيعة القانونية لعقد الشغل ومبدأ استقرار العلاقات الشغلية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في قانون خاص, الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية عين الشق الدار البيضاء، السنة الجامعية 2008/2007، ص 111.

لكن مع مرور الزمن انقلبت الحماية القائمة لصالح الأجير من العقد المحدد المدة في إطار قانون الالتزامات والعقود و كذا النظام النموذجي الملغى ، إلى العقد غير محدد المدة ضمن مدونة الشغل، ليصبح هذا الأخير الأكثر اطمئنانا واستقرارا له[821].

ويعد التكييف من أهم العمليات التي يباشرها قاضي الموضوع، حيث غالبا ما يختلف وصف عقد الشغل المتنازع فيه بين أطرافه، إذ يتمسك الأجير بكون العقد غير محدد المدة نظرا إلى الحقوق والامتيازات التي يمنحها له، في حين يصفه المشغل بالمحدد المدة لاعتبارات تهم حماية مصالحه الاقتصادية.

الفقرة الأولى: تعريف التكييف القضائي:

لم يعرف المشرع المغربي مصطلح التكييف[822]، تاركا ذلك للفقه والقضاء. حيث اكتفى في الفصل الثالث[823] من قانون المسطرة المدنية بالنص على أنه «يتعين على المحكمة أن تبث في حدود طالبات الأطراف، وتبث دائما وفقا للقوانين المطبقة على النازلة ولو لم يطالب الأطراف ذلك بصريح العبارة» ، كما نص المشرع على مسألة التأويل والتكييف في الفصول من 461 إلى 472 من قانون الالتزامات والعقود، إلا أن عملية التكييف تتجاوز مضمون هذه الفصول من خلال جعل القضاء جهازا إيجابيا وفعالا[824]،يحرص كل الحرص على تمحيص وقائع النزاع من أجل تحديد طبيعة العقد وكذلك الحفاظ على المراكز القانونية لأطرافه.

ويعد التكييف تلك العملية التي يهدف القاضي من ورائها إلى إضفاء الوصف القانوني على التصرف الذي صدر عن المتعاقدين[825]، وبالتالي فهو عملية ذهنية غايتها البحث عن العلاقة التي تربط الوقائع التي استخلصها قاضي الموضوع بالنص القانوني[826]، والهدف منها معرفة القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على النازلة. فمثلا وصف العقد بأنه عقد شركة وهو في

---

[821]- إدريس فجر، دور القضاء في حماية الأجير, المجلة المغربية لقانون اقتصاد التنمية سنة 1990، عدد 22، ص 20.

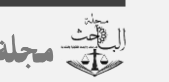
[822]-يؤكد جانب من الفقه أن مصطلح التكييف يرتبط وجودا وعدما بعملية التفسير، حيث لا يمكن تكييف العقد إلا بعد تحليل مضمونه واستقراء الغاية منه .انظر عبد القادر العرعاري، النظرية العامة للالتزام في القانون المغربي _الجزء الأول مصادر الالتزام الكتاب الأول، نظرية العقد، الطبعة الأولى 2013 ص 326.

[823]- ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.497 بتاريخ 11 رمضان 28/1394 شتنبر 1974 بالمصادقة على قانون المسطرة المدنية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 2303 مكرر بتاريخ 30 شتنبر 1974، ص 2741.

[824]- لابد و الاعتراف أننا انتقلنا من عهد القضاء الكلاسيكي المحايد الى مرحلة القضاء التدخلي، نظرا للطبيعة الخاصة لميدان الأعمال و خير دليل ما تم التنصيص عليه في الباب الخامس من مدونة التجارة و المتعلق بمهام رئيس المحكمة التجارية فيما يخص تذييل صعوبات المقاولة.

[825]- عبد القادر العرعاري: مصادر الالتزام الكتاب الأول نظرية العقد الطبعة الثالثة دار الأمان 2013 ص312 و ص 326.

[826]- عز الدين الماحي مدى مساهمة الاجتهاد القضائي في إنشاء القواعد القانونية، مجلة المنتدى العدد الرابع يوليوز 2004 ص157



حقيقته عقد شغل يجعل من الحكم أو القرار الذي سيصل إليه القاضي معيبا إذا تأسس على الوصف الخاطئ[827].

ولقد اختلف الفقه حول مسألة التكييف، حيث اعتبرها البعض مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض[828]، فيحين يرى جانب آخر من الفقه أن عملية التكييف تدخل في مجال الو اقع لا القانون، فهي عبارة عن عمل ذهني محض يتمثل في المقارنة بين وقائع النازلة من جهة وروح القاعدة القانونية من جهة أخرى[829].

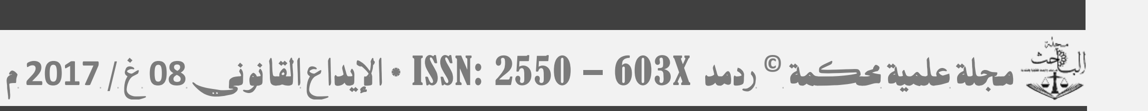
و يبدو أن الاتجاه الأول المعتبر مسألة التكييف من أمور القانون ويخضع فيها قاضي الموضوع الرقابة محكمة النقض حري بالتأييد لماله من انعكاس إيجابي على حقوق الأجير خصوصا عندما يقوم المشغل بفرض الوصف الذي يختاره ويضمنه في صلب العقد[830].

ورقابة محكمة النقض على التكييف الذي أقره قاضي الموضوع جسدت في الكثير من المناسبات حيث جاء في إحدى قراراتها[831]:"... ومن جهة ثانية أن العناصر البديهية المكونة لعلاقة الشغل وردت في العقد المتنازع فيه الذي أشار إلى الأجرة الشهرية وتعويض ساعات العمل الإضافية... وتجاهل المحكمة لهذه العناصر التي تعرف بعقد الشغل، و اكتفاؤها بعنوان العقد للتأكيد بأن الأمر يتعلق بعقد مقاولة تكون قد ارتكبت تحريفا واضحا يجعل القرار المطعون فيه بدون أساس".

وقد حاول القضاء خلق معايير معينة لتكييف عقد الشغل وتمييزه عن العقود الأخرى بل التمس الدقة أيضا في تمييز أصناف عقد الشغل ، حيث كان له الفضل في توجيه التشريع الاجتماعي من أجل إقرار معايير التمييز بين عقد الشغل المحدد المدة و عقد الشغل غير محدد المدة من خلال اعتبار أن الأصل في إبرام عقد الشغل أن يكون لمدة غير محددة مادام القضاء يستحضر الحماية القصوى للأجير، بل لأكثر من ذلك فقد اعتبر أن تضمين العقد شرطا يحدد طبيعته في الشكل المحدد المدة، لا يعني أن هذا الشرط يعبر عن الهدف الحقيقي من العقد،

---

[827]- محمد سعيد أثر العمل القضائي على تكييف عقود الشغل مرجع سابق ص.14.
[828]- محمد لبيب شنب موجز في مصادر الالتزام المصادر الإرادية العقد(الإرادة المنفردة) دار النهضة العربية بيروت لبنان طبعة1970 ص 248.
[829]- نبيل إسماعيل عمر:سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية و التجارية منشأة المعارف الإسكندرية مصر طبعة1989 ص144.
[830]- محمد سعيد بناني قانون الشغل بالمغرب علاقات الشغل الفردية الجزء الأول مطبعة دار السلام طبعة يناير 2007 ص320.
[831]- قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) صادر بتاريخ 17 ماي 1994 في الملف الاجتماعي عدد 8/9637 مجلة الإشعاع العدد 14 السنة الثامنة 1996 ص 79. وسنتطرق بتفصيل إلى التمييز بين عقد الشغل والعقود الأخرى المشابهة في المطلب الثاني.



وهذا ما يمكن استنباطه من حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء[832] عندما اعتبر أن العقد الذي يتضمن شرط المدة المحددة، لا يمنع القاضي تبعا للظروف ونية الطرفين أن يستنتج العكس.

وما يجب التأكيد عليه إذن بخصوص عملية التكييف هو أنه من واجب القاضي الاجتماعي أن يستحضر الطابع الحمائي لقانون الشغل كأحد أبرز الأولويات التي يرتكز عليها أثناء قيامه بهذه العملية[833].

ولما كان لتكييف عقود الشغل أثر بالغ على حقوق الأجراء خصوصا عند إنهاء هذه العقود، سنحاول الوقوف في الفقرة الموالية عند دور القضاء في التمييز بين عقد الشغل المحدد المدة، وعقد الشغل غير المحدد المدة، وكذلك موقفه من مسألة تحول العقد من المحدد إلى غير المحدد المدة.

فقرة ثانية: أحكام التكييف القضائي لعقد الشغل:

إن التمييز بين عقد الشغل محدد المدة وغير محدد المدة يكتسي من الأهمية بمكان بالنظر إلى اختلاف الآثار القانونية المترتبة عن إنهاء كل منهما، خصوصا أن القضاء المغربي لم يعتمد معيارا محددا للتفرقة بينهما.

ولقد أشار المشرع المغربي من خلال المادة 16 من مدونة الشغل إلى ثلاث أنواع من العقود[834]: عقد شغل غير محدد المدة حيث اعتبره الأصل[835]، عقد شغل لمدة محددة وعقد شغل لإنجاز عمل معين، إلا أننا سنركز على تمييز عقد الشغل محدد المدة (أولا) وعقد الشغل غير محدد المدة (ثانيا).

أولا: أحكام عقد الشغل محدد المدة:

---

[832]- حكم ابتدائي صادر عن ابتدائية الدار البيضاء بتاريخ 4 أبريل1957 مجلة المحاكم المغربية 25 أكتوبر1957.

[833]- جاء في إحدى قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) أنه **"إذا عجز رب العمل عن إثبات نوعية العمل والكيفية التي يقع على أساسها تشغيل العمال، كان للمحكمة أن تستخلص من ذلك أن العمل كان مستمرا"** قرار رقم 925 صادر بتاريخ 1982/11/29 في الملف الاجتماعي عدد 93422 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 31 مارس 1983ص 111.

[834]- تنص الفقرة الأولى من المادة 16 من مدونة الشغل على ما يلي: "يبرم عقد الشغل لمدة غير محددة، أو لمدة محددة، أو لإنجاز شغل معين" انظر كذلك يونس العياشي مرجع سابق، ص 170

[835]- ويتجلى ذلك صراحة عندما اعتبر المشرع حالات إبرام عقد الشغل المحدد المدة جاءت على سبيل الحصر من خلال المادة 17 و 16من مدونة الشغل وهذا أيضا ما ذهب إليه المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) في قرار له: **"... من خلال استقراء مقتضيات المادتين 16 و 17 من مدونة الشغل يتجلى أن الأصل في عقود الشغل أنها غير محددة المدة والاستثناء أن يتم إبرامها لمدة محددة"** قرار عدد 711 صادر بتاريخ 2009/6/10 في ملف عدد 2008/1/5/848 منشور بنشرة قرارات المجلس الأعلى الغرفة الاجتماعية العدد 7، 2011، ص 11.

تعد دراسة عقد الشغل المحدد المدة من أحد أهم المواضيع وأكثرها تميزا ،حيث شكل هذا العقد هاجسا و تخوفا كبيرين لفئة عريضة من الأجراء، فالقاضي الاجتماعي قد يعي فعلا وجود خلل في التوازن بين أطراف العلاقة الشغلية من خلال تحايل المشغلين على العقد غير محدد المدة بوصفه عقدا محدد المدة[836]، فيكون القاضي تبعا لذلك ملزما بمعرفة نطاق عقد الشغل المحدد المدة و إبراز حالاته القانونية وتحديد موقف القضاء إزائها نظرا لما تحمله هذه العقود من خلافات فقهية وتباينات واضحة على مستوى العمل القضائي.

لم يعمد المشرع المغربي إلى تعريف عقد الشغل محدد المدة، بل ترك هذه المهمة إلى الفقه باعتباره الجهة الأصلية المكلفة بتحديد المفاهيم، حيث يرى جانب من الفقه[837] أنه يكون عقد الشغل محدد المدة إذا حدد له تاريخ معين ينتهي فيه، حيث ينتهي العقد بحلول ذلك التاريخ، كما يعد العقد محدد المدة إذا كان مبرما لتنفيذ عمل معين بالذات بحيث ينتهي العقد بانتهاء العمل المتفق عليه ، أو إذا كان العقد مرتبطا بعمل موسمي[838].

وبالرجوع إلى ما نصت عليه المادتين 16 من مدونة الشغل نجد أن المشرع المغربي نظم عقد الشغل المحدد المدة[839] وحدد حالات إبرامه على سبيل الحصر، بحيث خارج هذه الحالات يعتبر العقد غير محدد المدة وفي ذلك تأصيل لهذا العقد[840].

حيث تنص المادة 16 على هذه الحالات الحصرية التي يمكن فيها للمشغل إبرام عقود الشغل محددة المدة كما يلي:

- إحلال أجير محل أجير آخر في حالة توقف عقد هذا الأخير ما لم يكن التوقف ناتج عن إضراب: ففي هذه الحالة يسوغ للمشغل إبرام عقد شغل محدد المدة مع الأجير الذي سيحل محل الآخر الذي توقف عقد شغله بإحدى الأسباب المنصوص عليها بالمادة 32 من مدونة الشغل، وبالتالي يصبح من نافلة القول التأكيد على أنه مادام توقف العقد يكون بصفة مؤقتة فإن الأجير الذي سيعوض الأجير الغائب سيؤدي عمله في إطار عقد

[836]- محمد سعيد بناني، القاضي الاجتماعي ومبدأ استقرار الشغل ندوة "الشغل والمجتمع" جامعة محمد بن عبد الله كلية الحقوق فاس من 8 إلى 10أبريل 1982، ص 58.
[837]-دنيا مباركة، الوجيز في القانون الاجتماعي، دار الجسور وجدة طبعة 2000، ص 176.
[838]- لقد اعتبر القضاء العمل الموسمي، **ذلك العمل المنجز في مواسم دورية ومنتظمة دون النظر إلى المدة التي يستغرقها** قرار صادر عن الغرفة الاجتماعية بالمجس الأعلى (محكمة النقض حاليا) عدد 9 بتاريخ 1997/2/7 في الملف الاجتماعي عدد 95/804 منشور بمجلة المحامي، عدد 32-33 سنة 1998 ص 319 وما بعدها.
[839]- ياسين المتحف مرجع سابق، ص 14.
[840]- محمد الشرقاوي، علاقات الشغل بين تشريع الشغل ومشروع مدونة الشغل دار القلم، الرباط الطبعة الأولى 2003 ، ص 65.

تطغى عليه صيغة التحديد. وتجدر الإشارة أن المشرع لم يحدد مدة قصوى أودنيا لإبرام هذا النوع من العقود، وهو ما يعني أن المشغل بإمكانه إبرام عقود شغل محددة المدة ليس فقط لشهور وإنما لسنوات، لاسيما في حالة توقف العقد بسبب مرض مهني أو حادثة شغل، علاوة على كون الحالة الصحية للأجير المريض قد تتعرض للانتكاس وهو ما قد يطيل مدة التوقف عن العمل[841].

- ازدياد نشاط المقاولة بكيفية مؤقتة: ذلك أن المقاولة قد تتعاطى إحدى الأنشطة التي تتميز بازدياد فترات الطلب على خدماتها أو السلع التي تروجها. لذلك نرى أنه يتعين على القضاء التثبت من طبيعة الشغل المراد انجازه في إطار عقد الشغل المحدد المدة، في انتظار قيام المشرع بتحديد مدة قصوى لا ينبغي تجاوزها في حالة ازدياد نشاط المقاولة بصفة مؤقتة.

- إذا كان الشغل ذو طبيعة موسمية: إذا كان العمل الموسمي هو عمل ينجز في مواسم دورية ونظامية، فإن صفة الدوام ليست من صفات الشغل الموسمي[842] حيث إن الحديث عن عقد الشغل الموسمي يؤكد أنه عقد يرتبط بشرط الأجل، وأن تنفيذه يتم داخل موسم معين ومحدد وبالتالي فصفته هاته تتوقف على احترام المشغل لعنصر الأجل الضروري للعقد محدد المدة.

ونظرا للصعوبة الموجودة في تحديد مفهوم هذا العقد إضافة إلى صعوبة تحديد فترته، تطرح مجموعة من التساؤلات، أهمها: كيف تعامل القضاء الاجتماعي مع وسائل إثبات هذا العقد؟

رغبة من القضاء المغربي في وضع حد للتضارب الحاصل في تحديد ماهية الأعمال و الأشغال الموسمية وكذا تعريف عقد الشغل المرتبط بها، تم اللجوء إلى مجموعة من وسائل الإثبات التقليدية، من خبرة وورقة الأداء وشهادة الشهود، حيث تم تكليف الأجير بإثبات مدى

---

[841] في هذه الحالة لابد أن نشير إلى مقتضيات المادة 272 من مدونة الشغل التي اعتبرت الأجير في حكم المستقيل إذا زاد غيابه عن 180 يوما متوالية خلال مدة 356 يوما أو إذا فقد قدرته على العمل، و هنا نقول أن المشرع أعطى المشغل رخصة خطيرة يستطيع من خلالها الاحتفاظ بالأجير الذي تجاوز مدة المرض القانونية أو الاستغناء عنه، و نفس الشيء بالنسبة لحالة فقدان الاجير القدرة على العمل و بالتالي نرى حتمية التدخل القضائي لمراقبة تطبيق هذه المادة و مقارنتها بمدى حسن نية المشغل أثناء استعمالها.

[842] - 3فتح الله الزين عرفات مرجع سابق، ص 213.



استمرارية أو موسمية العقد الذي أقدم على إبرامه، حيث جاء في إحدى قرارات المجلس الأعلى[843] (محكمة النقض حاليا)" حيث إن المحكمة لما لها من سلطة تقديرية في تكييف شهادة الشهود، لم تعتمد على شهادتهم، ولم ترتكز إليها لعدم إثبات سند العلم وثبت لديها من خلال أوراق الأداء المدلى بها والتي لم تكن مسترسلة أن الأجير هو عامل موسمي مرتكز على أساس".

وهو نفس ما ذهبت إليه استئنافية الدار البيضاء في قرار[844] لها الذي جاء فيه"... وحيث أن المحكمة بعد الاطلاع على أوراق الملف ودراسة القضية اتضح لها أن ما يدعيه المستأنف غير صحيح، ذلك أن هذا الأخير استدل رفقة مقاله بورقة أداء تتعلق بشهر، تشير البيانات المدونة فيها إلى أن تاريخ شروع المستأنف في العمل لدى المستأنف عليها هو 2003 وهو نفس التاريخ الذي يتضمنه العقد المؤقت الذي استدلت به المستأنف عليها، و يقره المستأنف ولا ينازع في جديته... وحيث أن هذا الموقف يتضمن إقرار المستأنف بكونه اشتغل لدى المستأنف عليها، في إطار عقود محددة مما يزكي ويدعم موقف المشغلة، ويؤكد صحة ما تدفعه ويدل بالتالي على أن إرادة الطرفين انصرفت منذ البداية إلى جعل علاقة الشغل التي تربط بينهما منظمة في عقود محددة المدة نظرا إلى موسمية العمل التي تقوم به المشغلة.. فإن المحكمة إذن تعتبر أن العلاقة التي كانت تربط الطرفين لم تكن مستمرة و إنما مؤقتة... وتعلن تبعا لذلك أن الحكم الابتدائي كان في محله لما ذهب في هذا الاتجاه وتعلن عن تأييده في جميع مقتضياته."

ونستحضر أيضا في نفس الموضوع قرار[845] آخر للمجلس الأعلى (النقض حاليا) الذي جاء فيه: "... لكن، حيث إنه لما كان الأجير هو الملزم قانونا بإثبات مدة العمل واستمراريتها بانتظام طبقا للفصل 399 من قانون الالتزامات والعقود، واستنادا كذلك إلى قاعدة من أدلى بحجة فهو قائل بما فيها.فإن ملف النازلة خال مما يثبت هذه الاستمرارية، كما أن أوراق أداء الأجر التي أدلت بها الطالبة تفيد صفتها كأجيرة موسمية، تعتبر حجة كتابية عليها، لا يمكن دحضها إلا بحجة مماثلة لها، ومحكمة الموضوع المطعون في قرارها لما خلصت إلى ثبوت موسمية عمل الطالبة، تكون غير ملزمة بالجواب على ما تم التمسك به من مقتضيات المادة 17 من مدونة الشغل ما

---

[843]- قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) عدد 306 صادر بتاريخ 2003/2/23 في الملف الاجتماعي عدد 04/1/5/1196 غير منشور.

[844]- قرار استئنافية الدار البيضاء، عدد 7999 الصادر بتاريخ 2007/12/10 في ملف عدد 2005/5697 غير منشور.و هو ما خلص إليه قرار آخر صادر عن نفس المحكمة عدد 4816 صادر في 2007/6/5 في الملف عدد 2006/3690 غ م

[845]- قرار صادر عن الغرفة الاجتماعية بمحكمة النقض عدد 654 صادر بتاريخ 2013/4/25 في الملف الاجتماعي عدد 2013/2/5/1013، نشرة قرارات محكمة النقض العدد 13 مطبعة الأمينة الرباط 2014.
أيضا قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) رقم 1277 صادر بتاريخ 2004/12/8 في الملف الاجتماعي عدد 2009/5/761 غير منشور.

دام أن طبيعة عمل الشركة المشغلة هو موسمي يكون قرارها جاء معللا بما فيه الكفاية، وما أثير بالوسيلة لا أساس له".

وما يمكن قوله بصدد هذه القرارات المذكورة أعلاه، أن القضاء المغربي كما رأينا يلزم الأجير بإثبات استمرارية[846] عمله، و صعوبة هذا الإثبات تكمن في كون الأجير يستعين في العديد من الحالات بوثائق صادرة عن المشغل والتي غالبا ما لا تكون في صالحه لإثبات ديمومته (ورقة الأداء مثلا).

وهنا نستحضر قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) الذي اعتبر أن محكمة الموضوع لم تبني قرارها على أساس مقبول، لما اعتبرت أن الأجير الذي تم فصله مجرد عامل موسمي، باعتمادها على تقرير الخبرة المطعون فيها، والتي اعتمد الخبير في إنجازها على معلومات ضمنت في سجلات المشغل رغم كونها غير منتظمة، معتمدة في ذلك تصريحات الشهود المستمع إليهم من طرفها بخصوص إثبات استمرارية علاقة الشغل وهي الو اقعة التي يمكن إثباتها بجميع الوسائل. حيث جاء في حيثيات هذا القرار[847]" حيث تبين صحة ما عابه السبب على القرار، ذلك أنه اعتمد فيما انتهى إليه من كون الأجير يعتبر عاملا موسميا على تقرير الخبير المعين من طرف المحكمة، والذي بني على ما ضمن بسجلات المشغل، الذي نفى الطاعن أن يكون قد وقع علها، والحال أن الحكم الابتدائي اعتمد في ثبوت و اقعة العمل واستمرارها على ما صرح به الشهود المستمع إليهم، وهو ما يتفق ووسائل الإثبات المحددة قانونا، والتي من بينها شهادة الشهود طبقا لأحكام الفصل 404 من قانون الالتزامات والعقود، والخبرة في هذا المجال اعتمدت على سجلات المشغل، والتي لم يثبت أنها منظمة أو مضبوطة، والقرار وقد بث على النحو المذكور فقد كان فاسد التعليل المنزل منزلة انعدامه المؤدي للنقض".

من خلال ما سبق، يتضح أن معيار الموسمية كان محل نقاش قضائي حاد، الشيء الذي يوضح صعوبة إعطاء تعريف جامع ومانع للعمل الموسمي، مما يؤدي أيضا إلى تذبذب العمل

[846]- جاء في إحدى قرارات المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) ما يلي: " وخلافا لما نعاه الطالب على القرار، فإن المحكمة... ثبت لديها من خلال تصريحات الشاهد.. أن المدعي يعمل لدى الطالب مدة 8 أو 9 سنوات من بداية سنة 1990 وكان يعمل بصفة مستمرة، وكان يشاهد المدعي يعمل بالضيعة بصفة مستمرة كذلك، وخلصت إلى كون العلاقة كانت قائمة بين المدعي والمدعى عليه ابتداء من 1990/1/11 إلى 1998/12/1 كما هو ثابت من شهادة شاهد الإثبات التي تكون دائما مقدمة على شهادة شاهد النفي..." قرار عدد 718 صادر بتاريخ 2005/6/29 في الملف الاجتماعي عدد 2005/1/5/242، غير منشور

[847]- قرار عدد 186 الصادر بتاريخ 2009/2/11 في الملف عدد 2008/5/6/9 منشور بنشرة قرارات المجلس الأعلى، نشرة متخصصة الغرفة الاجتماعية الجزء 7 مطبعة الأمينة الرباط 2011، ص 18.

القضائي في مجال تكييف العقود، وعلى الخصوص الموسمية منها باعتبارها أحد أهم صور العقد المحدد المدة.

وبمفهوم مخالف نرى أن العمل القضائي اعتبر كل عقد أبرم لمدة لا تتجاوز 12 شهرا مع الأخذ بعين الاعتبار مدة العقود المبرمة في القطاع الفلاحي[848] أو كل عقد أبرم بصفة منقطعة يتصف بصفة العقد المحدد المدة والذي أقرله المشرع حالات حصرية لإبرامه، ضمانا لحقوق الأجراء. إلا أن معيار الاستمرارية أصبح قاصر التحديد طبيعة عقد العمل خصوصا بالنسبة للعقود المبرمة في مدارس التعليم الخصوصي ، حيث يعمد صاحب المدرسة (المشغل) الى ابرام عقد عمل محدد المدة للفترة المتعلقة بالموسم الدراسي و التي قد لا تتجاوز ستة أشهر إلى تسعة أشهر كأبعد تقدير (أي أنها لا تتجاوز مدة السنة المعتمدة للتمييز بين العقدين) وينتهي بعدها ليجدد في السنة القادمة ،وقد تستمر الاجيرة في خدمة المؤسسة لسنوات طوال من خلال عقود محددة المدة ليصبح آنذاك معيار الاستمرارية عاطلا عن حمايتها . كما أننا نعتقد أن القضاء الاجتماعي المغربي استعمل معيار السنة للتفرقة بين العقدين قياسا بالمادة 17 من مدونة الشغل و التي أضافت حالات و بصفة حصرية لإبرام عقد شغل محدد المدة و هي حالة فتح مقاولة لأول مرة أو مؤسسة جديدة داخل المقاولة أو انطلاق منتوج جديد لأول مرة.

ثانيا: أحكام عقد الشغل غير محدد المدة:

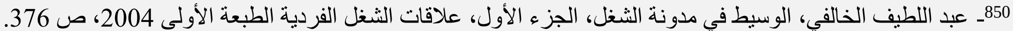
لقد أحجم المشرع المغربي عن تحديد تعريف عقد الشغل غير محدد المدة، تاركا ذلك للفقه الذي لم يبخل عن إعطاء مجموعة من التعاريف المتقاربة بخصوص هذا النوع من العقود.

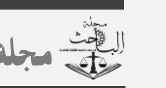
حيث عرفه جانب من الفقه[849] بالعقد الذي لا يرتبط انتهاؤه عادة بأي أجل معين، أو بو اقعة محددة، ولا تسمح ظروف الشغل المطلوب إنجازه بتحديد مدته وبالتالي وقت انتهائه، أو بعبارة أخرى هو العقد الذي لم يتفق طرفاه على إنهائه ضمن مدة معينة، أو لم يحدد له شغل معين[850].

[848]- جاء في قرار لمحكمة النقض **"لكن حيث إن الثابت من وثائق الملف... أن الطاعن كان يشتغل بصفته عاملا مؤقتا لأزيد من سنة ولو تعلق الأمر بالقطاع الفلاحي، وأن المشرع قرر بشأنها إمكانية إبرام عقد الشغل لمدة ستة أشهر تكون قابلة للتجديد على ألا تتجاوز مدة سنتين... فلا تنهض القرينة على أنه عقد عمل غير محدد المدة"** قرار عدد 14 مؤرخ في 2011/1/6 في ملف اجتماعي.2009/1/5/1515 غ م

[849]- محمد الكشبور، إنهاء عقد الشغل مع تحليل مفصل لأحكام الفصل التعسفي للأجير، دراسة تشريعية وقضائية مقارنة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء ط2008، ص 36.

[850]- عبد اللطيف الخالفي، الوسيط في مدونة الشغل، الجزء الأول، علاقات الشغل الفردية الطبعة الأولى 2004، ص 376.





ويمكن أن نقول أن عقد الشغل غير المحدد المدة هو ذلك العقد المبرم بين الطرفين دون ربطه بمدة محددة أو إنجاز عمل معين، كما يعتبر عقد الشغل غير محدد المدة كذلك، إذا أبرم بداية لأجل معين لكن استمر في السريان بعد انتهاء مدته، فانقلب نتيجة لذلك، إلى عقد غير محدد المدة، ونظرا إلى غياب تعريف محدد لهذا النوع من العقود، ويبقى للقضاء وحده سلطة التحري لإعطاء الوصف الحقيقي للعقد[851].

لابد والاعتراف، أن التمييز بين عقد الشغل المحدد المدة وعقد الشغل غير محدد المدة، هو من أصعب وأدق الموضوعات المطروحة في حقل الشغل. فالو اقع العملي أبان أن الحياة الاقتصادية للمقاولة لا تسمح بالحفاظ على الأجراء في الشغل للوقت والأجر الكاملين وذلك نظرا لطبيعة بعض الأعمال التي تقتضي اللجوء للعقد المؤقت فقط، وعندما يثار النزاع بين الأجير و المشغل حول ماهية الوصف الحقيقي للعقد، لابد للقاضي الاجتماعي أن يتدخل للنظر في هذا الدفع هل يعتمد على مبررات جدية؟ أم أنه يرمي إلى التحايل على القانون قصد تخفيض الالتزامات المتعلقة بالمشغل أو استبعادها كليا؟

لقد لعب القضاء الاجتماعي دورا كبيرا في تأصيل عقد الشغل غير محدد المدة وحمايته من كل تلاعب أو تحايل، ووسيلته في ذلك هي آلية إعادة التكييف[852] المتعلقة بالوصف المعطى للعقد من قبل المشغل، فالمتحايل على القانون يجب أن يعامل بنقيض قصده[853].

ولهذا فقد اعتبر القضاء المغربي أن تضمين عقد الشغل المحدد المدة شرطا يخول لأحد أطر افه حق فسخه بإرادته المنفردة يجعل منه عقدا غير محدد المدة، و هذا ما ذهبت إليه استئنافية القنيطرة في إحدى قراراتها[854] "وحيث ينص البند الأخير من العقود المدلى بها منقبل المدعى عليها بإمكانية فسخ العقد في كل وقت وحين، ودون سابق إنذار وعليه فإن تضمين هذا الشرط يرفع عن تلك العقود صفة التحديد".

[851]- عديل هتوف والصوابني عبد الإله، دور القضاء الاجتماعي في حمايته الأجير ، بحث نهاية التدريب، المعهد العالي للقضاء، الرباط 2008-2010، ص 16.

[852]- يجب الإشارة إلى أن عملية التكييف تواجه عدة صعوبات، تتمحور أساسا في قصور النصوص القانونية وتنوع الوقائع المعروضة على القضاء، لذلك عمد القضاء المغربي إلى تحديد طبيعة العلاقة الشغلية في كل حالة على حدى مستعملا في ذلك سلطته التقديرية، انظر عز سعيد، مرجع سابق، ص 43.

[853]- ياسين المتحف، مرجع سابق، ص 37.

[854] - قرار صادر عن الغرفة الاجتماعية لاستئنافية القنيطرة رقم 2782 بتاريخ 1991/11/4 في الملف ألاستئنافي عدد 7/89/3620 غير منشور أورداه عادل هتوف والصوابني عبد الإله، م. س، ص 18.

بل الأكثر من ذلك، فقد اعتبر القضاء أن الشك الحاصل حول طبيعة العقد يجعل منه عقدا غير محدد المدة[855].

تجدر الإشارة إلى أن القضاء حاول جاهدا أن يأخذ بعين الاعتبار مدة العقد للوصول إلى وصفه الحقيقي،

ومن تطبيقات محكمة النقض نرى ما يلي[856]:"عقد العمل الذي يبرم لمدة محددة في سنة واحدة ، ثم يجدد لنفس المدة، ولمدة سنتين، يعتبر عقدا غير محدد المدة، لأن تحديده وتجديده إنما هو وسيلة يهدف من ورائها المشغل إلى إخفاء وجود عقد شغل غير محدد المدة".

ونشير أن صفة الأجير القار المرتبط بمشغله في إطار عقد شغل غير محدد المدة لا يكتسب هذه الصفة إلا إذا أثبت أنه عمل بصفة مستمرة وبدون انقطاع لأكثر من 12 شهر[857]، مع الأخذ بعين الاعتبار خصوصية العقود المبرمة في القطاع الفلاحي.

ومن خلال ما سبق سنطرح مسألة تحول العقد من محدد المدة إلى غير محدد المدة، و كذا النقاشات التي دارت حولها، فكيف تعامل القضاء مع ذلك؟

لقد أثارت مسألة تحول العقد المحدد المدة إلى عقد غير محدد المدة الكثير من التساؤلات الفقهية والقضائية، الشيء الذي جعل القضاء نفسه يختلف في هذه المسألة بين موقف مؤيد لهذا التحول وآخر معارض له.

أ. الموقف القضائي المؤيد لمسألة تحول العقد محدد المدة:

تكريسا للحقوق القانونية المخولة للأجير، حاول القضاء الاجتماعي أن يوسع من دائرة العقود غير محددة المدة وما يترتب عن ذلك من إقرار للضمانات القانونية المعترف بها للأجراء، ويتضح ذلك جليا عندما يؤكد بأن تجديد عقد الشغل المحدد المدة لأكثر من مرة واحدة ولمدة تزيد عن سنة يجعل منه عقدا غير محدد المدة[858].

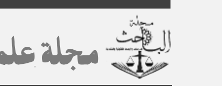
---

[855]- انظر محمد سعيد مرجع سابق، ص 109.

[856]- قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) صادر بتاريخ 1989/12/26 في ملف عدد 88/9112 مجلة الإشعاع العدد الأول يونيو 1989 ص 57 إلى 59.

[857]- قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) عدد 227 صادر بتاريخ 1992/4/27 في الملف الاجتماعي عدد 90/8001 منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 66، يوليوز 1992، ص 179-182.

[858]- محمد سعد الجرندي ،معايير التمييز بين عقدي الشغل المحدد المدة وغير المحدد المدة، الندوة الثالثة للقضاء الاجتماعي 2004، ص 202 وما بعدها.



الشيء الذي ذهبت إليه محكمة الاستئناف العليا بدولة البحرين، في قرار لها[859] حيث اعتبرت أن تجديد عقد الشغل المحدد المدة بعقود متتالية ومتصلة، يجعل من مدة خدمة العامل متصلة كذلك وغير محددة ، وهو ما كرسته أيضا محكمة التعقيب التونسية حيث جاء في قرارلها[860]"إمضاء الطرفين على عقد محدد المدة وإنهاء المعقبة له بحلول أجل لا عمل عليه، ويعد طردا تعسفيا، يوجب التعويض، طالما مضى على استخدام المعقب ضده أربع سنوات على إبرامه والمشرع اعتبر أن تحديد العقد بعد تلك المدة لا يكون إلا على أساس الاستخدام القار.... وأن الاتفاق على خلاف ذلك لا عمل عليه قانونا".

وقد اعتبرت محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) أن استمرارية العمل بعد انتهاء المدة المقررة للعقد المحدد المدة، يحول العقد ويجعل منه عقدا غير محدد المدة كما جاء في القرار التالي[861]"لكن حيث إن المحكمة لما ثبت لديها من خلال جلسة البحث والعقد الرابط بين الطرفين أنه يتعلق بالمدة الفاصلة ما بين 2000/12/11 إلى غاية 2001/6/11، وأن الشهود المستمع إليهم أكدوا أن المطلوب عمل ما بعد نهاية العقد، أي بعد 2001/6/11 واستمرارعمله لمدة تفوق السنة، والمشغلة بعدم إثباتها لخلاف ذلك، وعدم إثباتها ما تدعيه من دفوع.... يكون بما قضت به المحكمة مرتكزعلى أساس".

ونستشف نفس التوجه في قرارآخر[862] حيث جاء فيه "... وحيث إن وصف عقد الشغل بين الطرفين بالمذكورأعلاه (المدة المحددة) يعد تعليلا ناقصا وغيروجيه، لكون العقد المذكور يعتبر قائما بين الطرفين ومنتجا للأثر القانوني، وأن انتهاء مدته لا يترتب عنه سوى اعتبار هذا العقد غير محدد المدة بحكم القانون، و ليس في حكم العدم بدليل مقتضيات المادة 17 من مدونة الشغل، التي تنص في فقرتيها الأولى والثانية: على أن العقد المحدد المدة لمدة أقصاها سنة، يصبح في حالة استمرار العمل به عقدا غير محدد المدة وليس في حكم العدم كما وصفه

---

[859]- قرار محكمة الاستئناف العليا بدولة البحرين في القضية رقم 1984/2/634 بتاريخ 1984/12/4 منشور بالمجلة العربية للفقه والقضاء العدد السابع أبريل 1988، ص 241.

[860]- قرار محكمة التعقيب التونسية ملف مدني عدد 6189 مؤرخ في 13 أبريل 2001 نشرة محكمة التعقيب لعام 2001 القسم المدني، الجزء الثاني، ص 286 أورده محمد الهادي بن عبد الله، مجلة الشغل معلق عليها ، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة تونس، طبعة 2005، ص 37

[861] - قرار للمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) عدد 149، صادر بتاريخ 16/ 2005/2 في الملف الاجتماعي عدد 2004/1/5/1022، غير منشور- كما جاء في قرار آخر لمحكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) ما يلي: **"... كما أكد الشاهد الذي وقع الاستماع إليه في جلسة البحث أن عقد الشغل الذي بدأ سنة 1980 توقف سنة 1987 بسبب احتراق مقر العمل، ثم استأنفت الأجيرة المطلوبة في النقض العمل فيما بعد بصفة مؤقتة وظلت تشتغل للسنوات الموالية مدة 12 شهرا ولذلك فإن استمرار العقد لما بعد أجله يجعله عقدا غير محدد المدة، طبقا للفصل 753 من قانون الالتزامات و العقود"** قرار عدد 617 صادر بتاريخ 1995/5/27 الملف 95/1/4/1615 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 54،53 سنة 1999.21.

[862]- قرار محكمة النقض عدد 852 صادر بتاريخ 2003/6/6 في الملف الاجتماعي عدد 2012/2/5/792 نشرة قرارات محكمة النقض الغرفة الاجتماعية، الجزء 13 مطبعة الأمينة الرباط، ص 38.

الحكم الابتدائي وأيد في شأنه القرار المطعون فيه، الشيء الذي يجعل هذا القرار متسما بنقصان التعليل الموازي لانعدامه مما يتعين معه نقض القرار".

ومن خلال ما سبق يمكن الخروج بفكرة أساسية مفادها أن القضاء قد اعترف في الكثير من المناسبات بنظرية تحول العقد المحدد المدة إلى عقد غير محدد المدة، ودون الحاجة إلى الوقوف عند الوصف الذي أعطاه المشغل للعقد[863]. وعليه يكون العمل القضائي قد دأب على اعتبار التجديد الصريح أو الضمني لعقد الشغل المحدد المدة[864] بعد المدة القصوى المنصوص عليها، قانونا يجعل منه عقدا غير محدد المدة، وقد استلزم شرط الاستمرارية وعدم الانقطاع[865] كمعيار أساسي ودقيق للتمييز بين العقدين.

لكن هذا لا يستبعد وجود التوجه المعادي لهذه النظرية، حيث توجه جانب من العمل القضائي إلى رفض هذا التحول إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية دون أن يعير أي اهتمام إلى الخصوصية الاجتماعية لقانون الشغل.

ب. التوجه القضائي الر افض لتحول العقد محدد المدة:

لقد تناول المشرع المغربي من خلال 753 من قانون الالتزامات والعقود مسألة تحول عقد الشغل[866]، والذي يرتبط بوصفه ، حيث ينشأ في بادئ الأمر عقدا محدد المدة، ليتحول بعد ذلك إلى عقد غير محدد المدة نتيجة استمرار العمل به إلى ما بعد مدته المشروطة[867]، إلا أن جانب من قضاء لجأ وتمسك بتقنيات ومبادئ القانون المدني للقول بعدم إمكانية تحول العقد محدد المدة إلى عقد غير محدد المدة، تاركا بذلك خصوصية المادة الاجتماعية وجاعلا من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين أرضية خصبة لبناء هذا التوجه، فإذا كان العمل القضائي الذي تم التطرق إليه في النقطة السابقة قد أقر واعترف بمبدأ تحول العقد محدد المدة وهو توجه يبلور المظهر

863- لقد سارت بعض محاكم الموضوع على هذا النهج ونذكر هنا استئنافية الرباط، حيث جاء في إحدى قراراتها ما يلي: **"حيث انصب الإستئناف الأصلي باعتبار المستأنف عليها تجلت في خدمة المستأنف منذ 1997/12/24، وقد استدلت بورقة الأداء عن شهر ماي 2001 تثبت تاريخ الالتحاق بالشغل، ولذلك فقد عملت بصفة مستمرة لا سيما أن عقد الشغل المدلى به في إثبات أن الشغل محدد المدة قابل للتجديد كل سنة باتفاق الطرفين".** قرار محكمة الاستئناف بالرباط عدد 596 صادر بتاريخ 2005/9/27 رقم 2005/13 غير منشور.

864- سعيد كوكبي، دروس في قانون الشغل المغربي، مكتبة المعارف الجامعية، فاس 2000، ص 76.

865- للمزيد انظر محمد سعد الجرندي: الإثبات في المادة الاجتماعية (وجهة نظر حول بعض وسائل إثبات العلاقة الشغلية - مدتها واستمراريتها - بتصرف) نشرة قرارات المجلس الأعلى الجزء 7 مرجع سابق، ص 19.انظر أيضا: ياسين المتحف مرجع سابق، ص 13

866- جاءت المادة 753 من قانون الالتزامات والعقود لتنص على تحول العقد المحدد المدة من خلال ما يلي: "... والعقد الذي يبرم لمدة محددة يمكن أن يمتد بالتجديد الضمني إلى ما بعد أجله المشروط، وفي هذه الحالة يصبح غير محدد المدة".
وقد تم تفصيل هذه المسألة بعد سن مدونة الشغل في إطار المادة 17.

867- محمد سعد الجرندي، الطرد التعسفي للأجير بين مدونة الشغل والقضاء المغربي، مطبعة الأمينة، الرباط الطبعة الثانية 2007، ص 37.

الإيجابي للعمل القضائي[868]، فإن التوجه الذي نحن بصدد الوقوف عنده في هذه النقطة يرتكز على مبدأ سلطان الإرادة في مجموعة من أعماله. حيث جاء في إحدى قرارات[869] المجلس الاعلى (محكمة النقض حاليا) ما يلي:"... لكن وحيث إنه لما كان العقد شريعة المتعاقدين عملا بالفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود، فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه وهي بصدد الاطلاع على وثائق الملف عندما نصت على أن الأجير طالب النقض، يشتغل بمقتضى عقود مؤقتة، يكون قرارها المطعون فيه غير خارق للمقتضى القانوني المشار إليه في الفصل الأول من النظام النموذجي 1948/10/23 وتبقى الوسيلة المستدل بها على غير أساس".

وفي قرار آخر[870]، تم اعتبار الأجير عاملا موسميا رغم تجديد العقد محدد المدة، لمرات متكررة داخل نفس السنة، حيث جاء في هذا القرار"... لكن من جهة لا مجال للأخذ بقرينة العمل المستمر لأكثر من 12 شهرا للقول بأن طالب النقض أجير قار، ما دام نفسه قد أرفق مقاله الافتتاحي بورقة أداء الأجر، والتي تتضمن صفة أجير مؤقت، فيكون قرارها قد علل ما قضى به تعليل كافيا...".

وهو نفس ما سار عليه قرار[871] سابق له حيث جاء فيه "وحيث تبين أن عقد الشغل الر ابط بين الطرفين وقع التنصيص فيه على أنه مؤقت ولفترة لا تتجاوز السنة، وذلك إعمالا بمقتضى العقد الصريح المذكور، واعتبارا لعقد مؤقت لفترة محددة لا تتجاوز السنة تطبيقا لمقتضيات الفترة الأخيرة من الفصل الأول من النظام النموذجي... و أنه لا يمكن أن يتحول إلى عقد غير محدد المدة قياسا على الفصل 753 قانون الالتزامات والعقود، الخاص بالتجديد الضمني، لأن تجديد العقد في هذه النازلة وقع بشكل صريح على أساس أنه مؤقت..."

الأكثر من ذلك فقد ذهب جانب من القضاء التونسي إلى إمكانية تحول العقد من غير المحدد إلى محدد المدة دون العكس شريطة أن يو افق الأجير على ذلك، وهذا فقد جاء قرار لمحكمة التعقيب التونسية كما يلي[872]: "بصرف النظر عن طول المدة السابقة للعقد المبرم بين

---

[868] محمد سعيد مرجع سابق، ص 141.

[869]- قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) عدد 122 بتاريخ 2005/2/9 في الملف الاجتماعي عدد 2005/1/5/776. غير منشور

[870]- قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) عدد 186 صادر بتاريخ 2003/2/25 في ملف اجتماعي عدد 2002/1/5/737 غير منشور.

[871]- قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) عدد 380 صادر بتاريخ 1994/5/2 في ملف اجتماعي عدد 90/8015 غير منشور.

[872]- قرار محكمة التعقيب التونسية ملف مدني عدد 54866 مؤرخ في 17 أكتوبر 1996 نشرية محكمة التعقيب لعام 1996 القسم المدني ص 205 أورده محمد الهادي بن عبد الله، مرجع سابق، ص 36.

الطرفين فإن رضاء العامل بإمضاء عقد محدد المدة يعتبر تنازلا اختياريا عن مدة العلاقة السابقة، طالما أنه خير تغيير علاقته بمؤاجرته من علاقة غير محدودة إلى علاقة محدودة المدة".

لعل سبب هذا التباين و التضارب في المواقف القضائية التي حاولنا مناقشتها أعلاه، راجع إلى اعتماد القضاء أحكام الفصل الأول من النظام النموذجي مع التشبث الشاذ بمقتضيات قاعدة العقد شريعة المتعاقدين دون أن يكلف نفسه عناء البحث عن الوصف الحقيقي للعقد الشيء الذي تلاشى في إطار مدونة الشغل لاسيما أحكام المادتين 16 و 17 منها، اللتان قيدتا حرية المشغل في إبرام عقد الشغل المحدد المدة و في ذلك بلورة للطابع الحمائي لقانون الشغل، ودعم استقرار الأجير في عمله[873].

و إذا كانت الاستمرارية والنظامية من أهم المعايير المعتمدة في تمييز عقد الشغل المحدد المدة عن عقد الشغل غير المحدد المدة، فإن تمييز عقد الشغل بصفة عامة عن غيره من العقود الأخرى يتطلب دراسة عنصر التبعية.

المطلب الثاني: دور علاقة التبعية في تكييف عقود الشغل:

تعد التبعية ركيزة أساسية من ركائز عقد الشغل إن لم نقل أهمها وهذا راجع إلى كونها أساس استفادة الأجراء من أحكام تشريع قانون الشغل، ومناط تمييز عقد الشغل عن باقي العقود الأخرى على الرغم من تواجد عدة صعوبات تشوب هذا التمييز في بعض الأحيان[874].

ومحاولة منه إحاطة الأجير بالحماية المفروضة له، عمل القضاء الاجتماعي جاهدا على إعطاء الوصف الحقيقي لعقد الشغل، وذلك بتكييفه تكييفا صحيحا، معتمدا في ذلك مدى وجود أو غياب علاقة التبعية[875] والتي أسالت مدادا كثيرة بين صفوف الفقه والقضاء حول مفهومها و أنواعها ودورها في إثبات علاقة الشغل[876].

---

[873]- ياسين المتحف، مرجع سابق، ص 41.

[874]www.fsjes-agadir.info/vb/showthread.php?t=7216

[875]<Le critère de la subordination a été introduit par la jurisprudence pour distinguer le contrat du travail des autres contrats que lui ressemble> ; Hanane TOUZANI ;Protection de l'emploi et régulation de la relation salariale au maroc ;thèse pour obtention du doctorat en sciences Economiques ;Université Mohamed V RABAT/agdal ; faculté des sciences juridiques ; économiques et sociales . Avril 2011 P 118/119

[876]- نضال جمال مسعود جرادة، التبعية في علاقات العمل العربية رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الأزهر، غزة، عمادة الدراسات العليا والبحث، كلية الحقوق قانون خاص، فلسطين 2013، ص 3.

وسنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فقرتين، أولهما سنحاول الوقوف عند ماهية علاقة التبعية و أنواعها ثم سنقوم بالتركيز على دورها في تمييز عقد الشغل عن بعض العقود المشابهة له.

فقرة أولى: مفهوم علاقة التبعية:

أولا: تعريف عنصر التبعية:

لم يكن مصطلح التبعية واردا في النصوص التشريعية السابقة التي نظمت عقد الشغل[877]

الأمر الذي تم تداركه من خلال مدونة الشغل في عدة مواد[878] دون إعطاء تعريف موحد ودقيق لهذا المصطلح.

وحسب جانب من الفقه[879] تعتبر علاقة التبعية، خضوع الأجير أثناء أو بمناسبة أدائه لعمله، لإدارة وإشراف وتوجيه من يمارس العمل لحسابه ، و بالتالي فهي حالة قانونية تعطي للمشغل حق توجيه الأجير ومراقبة الكيفية التي يؤدي بها العمل المكلف به، الأكثر من ذلك، فهي تعطي المشغل إمكانية توقيع العقوبات المنصوص عليها قانونا جراء مخالفة الأجير للأوامر الموجهة له[880].

ولقد اعتبر القضاء عنصر التبعية بمثابة المركز المحوري الذي ينبني عليه عقد الشغل من خلال مجموعة من القرارات وفي الكثير من المناسبات، حيث جاء في إحدى قرارات[881] محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا)ما يلي: "إن الذي يميز عقد العمل هو عنصر التبعية من إشراف

877-انظر مثلا، تعريف عقد الشغل الذي أورده المشرع ضمن الفصل 723 من قانون الالتزامات والعقود "إجارة الخدمة أو العمل هو عقد يلتزم بمقتضاه، أحد طرفيه بأن يقدم للآخر خدماته لأجل محدد، من أجل عمل معينة في نظير أجر يلتزم هذا الأخير بدفعه له،
- و هو نفس ما كان عليه الوضع بالنسبة لتشريعات أخرى مقارنة:
#المادة 6 من مجلة الشغل التونسية الصادر سنة 1996، بمقتضى قانون رقم 27 المؤرخ في 1996/4/30 المعدل بمقتضى قانون رقم 62 لسنة 1996 التشريع التونسي للشغل، مجلة الشغل دار إسهامات في أدبيات المؤسسة الطبعة الثالثة، 2000، تونس ص 14.
#المادة 31 من قانون العمل المصري، رقم 12 لسنة 2003 والقرارات الوزارية المنفذة لأحكامه دار الكتب القانونية، مصر طبعة 2004،ص 3 و ص 15.

878- المادة 6 و 8 و 21 من مدونة الشغل.

879- محمد الكشبور: عناصر عقد الشغل الاجتماعي المغربي مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء طبعة 1995 ص 119، انظر أيضا محمود جمال الدين زكي عقد العمل في القانون المصري مطبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة الثانية 1982 ص 988.

880- عبد العزيز العتيقي القانون الاجتماعي المغربي وفق مدونة الشغل (99-65) مكتبة المعارف الجامعية فاس ص 52 و 53.

881- قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) عدد 442 صادر بتاريخ 1997/4/15 في الملف الاجتماعي عدد 95/1/14/298 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 47 يوليوز 1997 ص 270.
- في نفس الموضوع قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) عدد 32 صادر بتاريخ 2005/1/12 في الملف الاجتماعي عدد 2004/1/5/888 غير منشور.
وقد أقرت مختلف محاكم الموضوع بأهمية عنصر التبعية في تمييز عقد الشغل عن باقي العقود الأخرى، وفي هذا السياق نستحضر قرار لاستئنافية فاس عدد 01/170 صادر بتاريخ 2001/6/6 في الملف الاجتماعي عدد 99/25 غير منشور.
وحكم ابتدائية الرباط عدد 1167 بتاريخ 2004/6/29 في الملف الاجتماعي عدد 02/1897/11 غير منشور.

TEL + 212 771394949 www.allbahit.com Majalatlbahit2017@gmail.com

وتوجيه ورقابة المشغل اتجاه الأجير، وإن القرار المطعون فيه لما اعتبر العلاقة الرابطة بين الطرفين هي علاقة شغل اعتمادا على الأجر فقط، دون بقية العناصر (التبعية) ... يكون القرار ناقص التعليل، الموازي لانعدامه مما يعرضه للنقض".

يذهب كل من الفقه والقضاء إلى القول أن التبعية تمثل ذلك المعيار الأساسي الذي يتميز به عقد الشغل فإذا انتقص ينتفي معه وجود هذا العقد[882]،ويبقى للقضاء كلمة الفصل في تقرير وجود أو انتفاء عنصر التبعية على ضوء ظروف وملابسات كل قضية على حدى؛ وهنا نستحضر قرار[883] للمجلس الاعلى (محكمة النقض حاليا) الذي أكد على ضرورة التمييز بين التبعية والمساعدة التطوعية حيث جاء فيه "المساعدة التطوعية لا ترقى إلى مرتبة عقد الشغل، الذي يتطلب توفر على عنصر التبعية، ومساعدة الطاعنة لزوجها في ترتيب الملابس بالمتجر الذي يمتلكه زوجها، خارج أوقات العمل لدى المطلوب في النقض، لا يرقى إلى عمل مأجور يتوفر فيه عنصر التبعية، وأن القرار المطعون فيه عندما اعتبر الطاعنة أجيرة لدى غيره في الوقت الذي لا زالت فيه مستخدمة لدى البنك وأن ذلك يبرر طردها دون أن يبرز عنصر التبعية، يكون ناقص التعليل ومعرض للنقض".

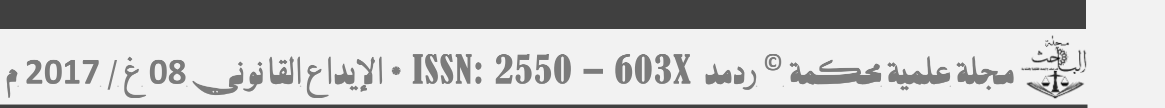
ثانيا: أنواع علاقة التبعية:

لقد سبق لنا القول أن ما يميز عقد العمل عن غيره من العقود الأخرى هو عنصر التبعية، ولقد قسم الفقه[884] هذه الأخيرة إلى فرعين: تبعية قانونية وتبعية اقتصادية.

أ- التبعية القانونية:

يمكن القول أن التبعية القانونية هي بمثابة الخضوع الفعلي لإدارة وإشراف ورقابة من يشتغل الأجير لحسابه، وسميت بالقانونية لأنها ناتجة عن الالتزامات التعاقدية المنبثقة عن عقد الشغل والتي أقرها القانون، كما تظهر هذه التبعية من خلال الجزاءات التي يمكن للمشغل توقيعها على أجرائه عند ارتكاب مخالفة معينة. فهي بمفهوم آخر هيمنة رب العمل على نشاط الأجير أثناء تنفيذ العقد[885].

[882]- الحاج الكوري: مدونة الشغل الجديدة قانون رقم 65.99 أحكام عقد الشغل مطبعة الأمينة الرباط طبعة 2004، ص 34.
[883]- قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) عدد 930 الصادر بتاريخ 1999/9/29 في الملف الاجتماعي عدد 98/574 منشور بالنشرة الإخبارية المجلس الأعلى عدد 8 سنة 2000 ص 29.
[884]- موسى عبود، دروس في القانون الاجتماعي – المركز الثقافي العربي بيروت . الطبعة الثالثة 2004، ص108
[885] 4Mohmed KorriYoussefi. cours de droit social, cours dispensé au étudiants de la 3éme année droit privé et droit publique à la faculté de droit Meknès , année 2003/2004 P 138.



ولقد أقر المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) أن المعيار القانوني والموضوعي الذي يسمح بتمييز عقد الشغل عن غيره من العقود الأخرى، هو معيار التبعية، حيث جاء في إحدى قراراته[886]"لكن حيث أن المحكمة قد استخلصت في إطار سلطتها التقديرية وجود علاقة التبعية من كون المطلوب في النقض يشتغل لدى الطاعنة بمحلها وتحت مراقبتها وإشرافها وبموادها وأدوات إنتاجها ودون انقطاع طيلة مدة العمل، وبذلك تكون قد أخذت في إطار سلطتها التقديرية بشهادة الإثبات التي قدمها الأجير، والتي تفيد أنه اشتغل على النحو المذكور طيلة ثماني سنوات مقابل أجر يومي، وليس بالقطعة رغم أن المحكمة اعتبرت عن صواب أن العمل بالقطعة لا يعد وحده معيار التمييز عقد الصنع عن عقد إجارة الخدمة، ما دام أن الثابت لديها هو مميزات عقد الشغل المرتكزة أساسا على علاقة التبعية...".

إن ما تم الإجماع عليه من قبل العمل القضائي[887] أن العبرة في تكييف عقد الشغل هي مدى تحقق التبعية القانونية في الواقع العملي من خلال الإشراف والمراقبة التي يباشرها صاحب العمل على من يؤدي العمل لمصلحته[888]. وعلى هذا الأساس نكون أمام رابطة تعاقدية توصف بعقد الشغل ولو لم يعبر أطرافها صراحة عن ذلك وبغض النظر عن باقي عناصر العقد الأخرى[889].

ولا يفوتنا أن نشير إلى وجود صور متعددة للتبعية القانونية تم إقرارها باختلاف ودرجة خضوع الأجير لسلطة ورقابة مشغله[890].وتتمثل أقوى صور التبعية القانونية في التبعية الفنية والتبعية التنظيمية أو الإدارية.

حيث تتمثل<u>التبعية الفنية</u> في الخضوع التام لإشراف وتوجيه المشغل، حيث يكون هذا الأخير ملما وعالما بكل تفاصيل العمل المؤدى من طرف الأجير[891]، ويظهر هذا النوع من التبعيات القانونية في إطار المقاولات الصغرى ، وذلك لاعتبارات عديدة: منها أن المشغل يحترف فيها

---

[886]- قرار عدد 283 مؤرخ في 1998/3/17 في الملف الاجتماعي عدد 1996/1/9/505 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد المزدوج 53-54 السنة 21 لسنة 1997 ص 313- 315 في حين نجد قرار يثير الاستغراب نحته محكمة الاستئناف بالرباط اعتبرت فيه أن حصول الأجير على أجره بالقطعة يلغي عنصر التبعية ويسمح للمشغل بأن يسرحه دون أية قيود.
قرار عدد 583 صادر بتاريخ 2005/9/27 في الملف الاجتماعي رقم 15/05/152 غير منشور.

[887].-Cass. Doc 13 novembre 1996. Noté par Christophe Radé et caroline Dechristé code de travail Edition Dalloz 2005 paris P28

[888]- محمد سعيد، أثر العمل القضائي على تكييف عقود الشغل مرجع سابق ص 24

[889]-محمد الكشبور عناصر عقد الشغل مرجع سابق، ص 115

[890]-همام محمد محمود زهران، قانون العمل، عقد العمل العربي دار الجامعة الجديدة الإسكندرية مصر طبعة 2003، ص 30

[891]-دينا مباركة: الوجيز في القانون الاجتماعي، دار النشر الجسور وجدة طبعة 2000، ص 21.

النشاط المعتمد داخلها، و إضافة إلى كونها تضم عددا قليلا من لأجراء يسهل معهم للمشغل بأن يتفقد ويحقق في أدائهم .

وما يلاحظ حول التبعية الفنية أنها تضيق من نطاق تطبيق قانون الشغل وتحرم فئة شاسعة من الأجراء من الاستفادة من المقتضيات الحمائية لهذا القانون.[892]

في حين تتمثل التبعية الإدارية أو التنظيمية في سلطة المشغل في تحديد شروط العمل وتهييئ الظروف الخارجية التي تهم تنفيذه: مثل تحديد مكان العمل وتحديد أوقاته وكذا الأدوات اللازمة له[893]، وهذه التبعية لا تتطلب من المشغل الإلمام بالأصول الفنية للمهنة، كما أنها تتحقق هنا ولو كان الأجير يتمتع باستقلال كبير من الناحية التقنية في القيام بعمله. وعلى عكس التبعية القانونية الفنية فإن التبعية القانونية الإدارية تكرس بشكل كبير في المقاولات الكبرى والمشاريع الضخمة، إذ غالبا ما يتعاقد صاحب المشروع مع مهندس أو طبيب أو محام بغية الاستعانة بخبراتهم العلمية والفنية دون إخضاعهم للرقابة الشاملة، فالإشراف هنا يتعلق بالجانب الإداري والهدف من إقرار هذا النوع إخضاع بعض الفئات من الأجراء لتشريع الشغل وتوسيع نطاق حمايته[894] خاصة الفئات المتخصصة في إطار المهن الحرة[895].

ولقد اعتبر القضاء المغربي الطبيب أجيرا تبعا للأعمال التي يقوم بها، دون أن يكون ملزما بتتبع الأوامر المتعلقة بالمسائل الفنية و المرتبطة بالتشخيص مقادير الدواء ومدة العلاج بحيث لا يتدخل رب العمل في تحديدها[896].فقد ذهبت محكمة النقض الفلسطينية بمفهوم التبعية الإدارية حيث عرفت التبعية بأن يقوم العامل بنفسه بخدمة رب العمل وينفذ العمل وفقا لأوامره وتحت إدارته وإشر افه، وأن يرسم له طريق العمل وحدوده ويحاسبه عن عمله. ولا يعني تو افر ركن الإشراف تتبع صاحب العمل للعامل باستمرار وهو يقوم بعمله[897].

---

[892]- وحسن ما فعل القضاء الاجتماعي المغربي عندما لم يقف عند معيار التبعية الفنية حيث اعتبر في أحد قرارات المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) أن علاقة الشغل قائمة بين صاحب الضيعة والأجيرة بمجرد مشاهدته لها تعمل في ضيعته وعدم اعتراضه على ذلك دون التركيز على ضرورة الإشراف الكامل على الأجير" قرار عدد 186 صادر بتاريخ 2005/2/23 في الملف الاجتماعي عدد 2000/1/5/1099 غير منشور

[893]. همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 31.

[894]- انظر المواد 3 ـ 8 ـ 79 من مدونة الشغل.

[895]ـ- محمد سعيد بناني، قانون الشغل بالمغرب ـ علاقات الشغل الفردية دار النشر المغربية الدار البيضاء طبعة 1981 ص 388

[896]. حكم ابتدائية البيضاء بتاريخ 1974/4/3 في الملف الاجتماعي عدد 1569 أورده محمد سعيد بناني في كتابته قانون الشغل بالمغرب مرجع سابق ص 389. دون ذكر عدد الحكم.

[897]- نقض مدني فلسطيني رام الله ملف رقم 2009/350 بتاريخ 2009/12/8 أورده نضال جمال مسعود جرداة م. س، ص 32

هكذا فإن كلا من الفقه والقضاء اعتمدا المفهوم الواسع للتبعية القانونية أيا كانت درجتها فالمهم هو وجودها ضمانا لتطبيق أحكام قانون الشغل[898].

ونخلص بالقول أنه مهما كانت صور التبعية القانونية سوء فنية أو إدارية فإنها تبقى مقيدة داخل حدود معينة[899]، الشيء الذي دفع بالفقه الحديث إلى تقصي معيار جديد في التبعية سمي بالتبعية الاقتصادية.

ب- التبعية الاقتصادية وموقف القضاء الاجتماعي منها:

بعدما أرست التبعية القانونية قواعدها كعنصر أساسي لتمييز عقد الشغل عن غيره من العقود الأخرى، والتي أبانت عن محدودية نطاق تطبيق أحكام تشريع الشغل على فئة عريضة من الأجراء، ظهرت إثر ذلك فكرة التبعية الاقتصادية، لتشمل طوائف أخرى من الأجراء ، تكون رقابة الشغل عليها شبه منعدمة.

وقد كان الأستاذ Cuche أول من قال بهذه النظرية[900] إثر توسع النشاط الاقتصادي وظهور أنواع جديدة من الأعمال اهتمت بتطوير الشغل وكذا طرق التشغيل ، فكان الهدف الأساسي من إقرار هذا النوع من التبعية هو توسيع دائرة الأجراء المستفيدين من امتيازات عقود الشغل وضمانات القانون المنظم لها.

فالتطور الذي شمل كلى المجالين الاجتماعي والاقتصادي أدى إلى حدوث تغيير نوعي في أساس علاقات الشغل. فتعدد المؤسسات التجارية وظهور شركات متعددة الجنسيات أدى إلى فك العلاقة المباشرة التي كانت تجمع صاحب العمل بأجرائه[901]، وعليه فإن التبعية الاقتصادية لا تقوم على فكرة خضوع الأجير لمشغله أثناء قيامه بالعمل الموكول إليه، وإنما تتأسس هذه التبعية على ضمان حصول الأجير على أجره من مشغله، شريطة اعتماده على هذا الأجر كمصدر أساسي لعيشه اليومي.

---

[898]- الحاج الكوري مرجع سابق، ص 33.

[899]- يمكن أن نقول أن هذا التحديد أصبح متجاوزا من أجل استفادة الأجير من مقتضيات تشريع الشغل فيما يخص حوادث الشغل وحوادث الطريق بمثابة حوادث الشغل.

[900]- انظر همام محمد محمود زهران، م. س، ص 34 و 35.

[901]- الحاج الكوري، القانون الاجتماعي المغربي مكتبة دار السلام الرباط، الطبعة الأولى 1999، ص 131.

ومؤدى هذه التبعية إذن هو مدى اعتماد الأجير في تحديد دخله القار على صاحب العمل، وبمعنى آخر يفهم من التبعية الاقتصادية استئثار المشغل بخدمات الأجير مقابل أجر يعتبر بالنسبة لهذا الأخير مورد رزقه الأساسي، ومن ثم يصبح تابعا اقتصاديا لمشغله.

وعلى هذا الأساس فلكي نعتبر الأجير في حالة تبعية اتجاه مشغله لابد من توافر شرطين ضروريين و هما[902]:

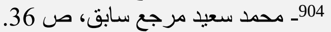
1. أن يكون الأجر المحصل عليه من طرف المشغل هو المصدر الرئيسي المعتمد في معيشته.
2. أن يستأثر المشغل بنشاط الأجير وحده.

رغم كون المشرع المغربي يأخذ من حيث المبدأ بالتبعية القانونية كأصل لتطبيق قواعد قانون الشغل، إلا أنه أخذ بعنصر التبعية الاقتصادية في بعض الحالات التي تتضح لنا من خلال مجموعة من النصوص القانونية ونذكر أهم هذه الحالات:

الحالات المشار إليها في المادة 8 من مدونة الشغل[903] والتي دعت إلى استفادة الأجراء المشتغلين بمنازلهم من مقتضيات قانون الشغل دون النظر إلى وجود أو انتفاء علاقة التبعية القانونية.

الحالة المشار إليها في المادة 3 من م ش المتعلقة بالصحفيين المهنيين وذلك باعتبارهم يمارسون عملهم بنوع من الاستقلال النسبي عن المشغل الذي يتقاضون منه أجورهم، وبالتالي لم يعد لعنصر التبعية أثر مباشر على العقد الرابط بين أطرافه[904].

والحالة المنصوص عليها في المادة 79 من مدونة الشغل المتعلقة بالوكيل المتجول أو الوسيط التجاري، أو الصناعي وهم فئة تقوم بتمثيل مشغلها في المدن القريبة أو البعيدة، عن المركز الرئيسي لمقر المقاولة، وعادة ما يتقاضون أجورهم انطلاقا من نسب محددة من الأرباح،



[902]- للمزيد انظر: أنس مدهوني علاقة التبعية في عقد الشغل، بحث نهاية التمرين للملحقين القضائيين الفوج 28 السنة القضائية1999، 2001 ص 15 وما بعدها.

[903]- جاء في الفقرة الأولى من المادة 8 من مدونة الشغل ما يلي: "يعد أجراء مشغلين في منازلهم في مدلول هذا القانون من توفر فيهم الشرطان أدناه دون داع إلى البحث عن وجود أو انتفاء علاقة تبعية قانونية تربطهم بمشغلهم....".

[904]- محمد سعيد مرجع سابق، ص 36.

الشيء الذي يثير التساؤل والشك حول علاقة التبعية لعدم وجود سلطة إشراف وتوجيه حقيقية مما يخلق بعضا من الاختلاط واللبس بين هذه العقود وعقود الوكالة أوعقود المقاولة.

وإذا كان المشرع المغربي كما رأينا سابقا يعترف بوجود تبعية اقتصادية بنصوص قانونية صريحة،فإن القضاء المغربي لا يأخذ بالتبعية الاقتصادية إلا نادرا أو عندما يوجد نص قانوني صريح يسمح باعتمادها لصالح بعض الفئات المهنية كالوكيل التجاري كأقوى مثال.

بل الأكثر من ذلك فقد ذهب القضاء الاجتماعي[905] في كثير من المناسبات إلى اعتبار التبعية الاقتصادية مجرد عنصر مكمل للتبعية القانونية، التي تعد الأصل ومن ذلك نجد قرار لمحكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) الذي ينص على أن طبيعة عمل المدير العام، تقتضي أن يمارس مهامه باستقلال تام بشكل تنتفي معه علاقة التبعية بينه وبين مجلس الإدارة واعتبر القرار أن عمله يطغى عليه عمل الوكيل وإن استدلاله بورقة الأداء لا يجعل منه أجيرا[906].

كما أن هناك قرار سابق للمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) مزج بين المعيارين معا (الاقتصادي والقانوني) لاستخلاص علاقة التبعية من أجل تكييف العقد[907].إضافة إلى ذلك فالقضاء اعتبر التبعية القانونية بمثابة التبعية الفعلية اللازمة لعقد الشغل، وهذا ما نستشفه من خلال القرار[908] التالي: «لكن خلافا لما ورد في الوسيلتين، فإن الطالبة...تربطها علاقة مباشرة مع مستخدمها ومن خلالها تتجلى علاقة التبعية الفعلية،... فإن الطالبة هي من تملك سلطة الرقابة و الإشراف على المطلوبة... تبقى علاقة الشغل قائمة وهو ما استخلصته المحكمة عن صواب.."

إلا أننا من جهة أخرى نرى أن أهمية علاقة التبعية الاقتصادية تتجلى بوضوح في عقود التشغيل المؤقت، إذ يذهب القضاء إلى اعتماد التبعية الاقتصادية لتكييف العقود المبرمة في هذا الإطار حيث يظل الأجير مجرد عامل مؤقت بالنسبة للمقاولة المستعملة له رغم توفر عنصر التبعية القانونية من إشراف رقابة وتوجيه، فلجوء المقاول المستعمل إلى أجراء مقاولة

905- للمزيد انظر محمد سعيد بناني، قانون الشغل بالمغرب مرجع سابق، ص 586.

906- قرار صادر عن محكمة النقض (المجلس الأعلى سابق) عدد 775 صادر بتاريخ 2011/6/2 في الملف الاجتماعي عدد 2009/1/5/1524 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض العدد 74 مطبعة الأمينة الرباط، 2012، ص 295 وما بعدها.

907- جاء في حيثيات هذا القرار ما يلي **"كما أن القرار المطعون فيه لم يبرز العناصر المكونة لعقد العمل كالاعتماد على الأجر - الإشراف والتوجيه والرقابة حتى يتم اعتبار الحادثة حادثة شغل.."**قرار للمجلس الأعلى رقم 161 مؤرخ في 2005/1/5 في الملف الاجتماعي عدد 2004/1/5/885 غير منشور.

908- قرار صادر محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) عدد 1015 مؤرخ 2006/12/06 في الملف الاجتماعي عدد 2005/1/5/965 ،منشور ب قراراتالمجلس الأعلى الصادرة في المادة الاجتماعية ،الجزء الأول الصفحة 195

التشغيل المؤقت لا يجعل منه مشغلا بالمفهوم القانوني، وإنما تبقى علاقة التبعية قائمة بين مقاولة التشغيل المؤقت والأجير الذي وضعته رهن إشارة المقاول المستعمل، مادامت مقاولة التشغيل هي التي تشغل الأجراء وتؤدي لهم أجورهم ، فهي تفي بكل الالتزامات القانونية الناتجة عن تنفيذ العقد وإنهائه[909].

ورغم أهمية عنصر التبعية الاقتصادية في إضفاء الطابع الحمائي لتشريع الشغل ،إلا أنه لم يخلو من مجموعة من الانتقادات الموجهة إليه[910] والتي في نظرنا لا تقلل من شأن هذا المعيار، الذي ندعو إلى اعتماده كمعيار مستقل لكونه يوسع من دائرة الحماية القانونية لمجموعة من الفئات التي لا تدخل في إطار التبعية القانونية

الفقرة الثانية: دور علاقة التبعية في تمييز عقد الشغل عن بعض العقود المشابهة له:

نظرا إلى تعدد العقود الواردة على ميدان الاعمال[911] ، كان لابد للمشرع والقضاء من أن يضعا معايير فاصلة تميزها عن بعضها البعض، فإذا كان عقد الشغل قد يختلط بغيره من العقود في الكثير من الجوانب، فإن طرفيه قد يصفاه بوصف لا يتفق وحقيقته كأن يسمياه عقد مقاولة أو شركة وهو في حقيقة الأمر عقد شغل أو العكس.

وقد ارتأينا أن نقف في هذه الفقرة على معايير التمييز القضائي بين عقد الشغل وعقد المقاولة وبين عقد الشغل وعقد الشركة.

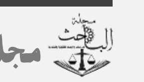
أولا: تمييز عقد الشغل عن عقد المقاولة:

إن أساس الخلط بين عقد الشغل وعقد المقاولة راجع إلى تعريف عقد الشغل المنصوص عليه في الفصل 723 من قانون الالتزامات والعقود والذي يبين أن عقد الشغل وعقد المقاولة يقومان على الالتزام بأداء عمل والالتزام بأداء أجر، فإن التمييز بين هذين العقدين يفترض دراسة العنصر الثالث لعقد الشغل وهو العنصر الذي ينفرد به عن باقي العقود الأخرى،

909- انظر في هذا الصدد إلى قرار محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) عدد 981 الصادر بتاريخ 2011/8/18 في الملف الاجتماعي عدد 2010/1/5/1691 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 74 مطبعة الأمينة الرباط 2012، ص 302 إلى 305.

910- اعتبر جانب من الفقه أن مفهوم التبعية الاقتصادية غير دقيق و يشوبه الغموض بشأن تحديد نطاق استقلالية الأجير عن مشغله , انظر عبد اللطيف الخالفي مرجع سابق، ص 353، وانظر كذلك محمد الشرقاني محاضرات في مدونة الشغل مطبوعات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، مطبعة سجلماسة مكناس السنة الجامعية 2004/2003، ص 118

911- نعني بالعقود الواردة على ميدان الاعمال: مختلف العقود المتعلقة بالحقل الاقتصادي كالوكالة والشركة والمقاولة والإيجار وعقد الشغل، فهي عقود تتشابه من حيث المبدأ الاقتصادي إلا أنها تختلف فيما بينها من حيث الأثر القانوني.



والمتمثل في عنصر التبعية[912]، فإذا توفرت هذه التبعية اعتبر العقد عقد الشغل، وإن انتفت اعتبر العقد عقد مقاولة[913] وفي هذا الإطار ذهب المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) في قرار له إلى ما يلي[914]: "إن عدم إثبات علاقة التبعية، يجعل من الرابطة الموجودة بين الطرفين عقد مقاولة تلك الرابطة التي تجعل الطاعن يتمتع في تنفيذ عمله باستقلال وينظم عملية حفر البئر وفق الطرق الملائمة له..."،وفي نفس المنحى ذهب قرار[915] آخر لنفس المجلس (محكمة النقض حاليا) حيث جاء فيه ما يلي: "وحيث تبين صحة ما عابه الطالب على القرار المطعون فيه ذلك أنه نفى في سائر مراحل الدعوى أن يكون ارتبط بعقد شغل مع المطلوب في النقض... وحيث إن الذي يميز عقد العمل هو عنصر التبعية... ذلك العنصر غير موجود في عقد المقاولة... فمحكمة الاستئناف عندما اعتبرت العلاقة الرابطة بين الطرفين هي علاقة شغل ورتبت الأثر القانوني عن الحادثة التي تعرض لها المطلوب في النقض دون أن تبرز عناصر التبعية... يكون قرارها المطعون فيه ناقص التعليل .." كما أكدت محكمة التعقيب التونسية في قرار لها أن العلاقة الرابطة بين طرفي النزاع وهما مقاول وإحدى المؤسسات المستفيدة لا تخضع لاختصاص الدائرة الشغلية لانعدام معيار التبعية المميز لعقد الشغل[916]

ولقد حاول بعض الفقه[917] إبراز بعض الاختلافات بين عقد الشغل وعقد المقاولة.

. الأجير لا يتحمل تبعات هلاك معدات المقاولة إذا كان حسن النية بينما المقاول يكون مسؤولا عن ذلك الهلاك.

.يعمل الأجير تحت تصرف رب العمل الذي له الحق في أن يستعمل نشاطه في أي عمل يراه مناسبا في إطار سلطتها لتسييرية بينما يلتزم المقاول بصنع شيء معين بالذات.

912-محمد بن حساين شرح قانون الشغل المغربي مع أحدث مستجدات النصوص التنظيمية والعمل القضائي , مطبعة امستيتن ، الطبعة الثالثة، الرباط أكتوبر 2012، ص 164

913 - « … le louage de service (contrat de travail) est, à la différence du louage d'ouvrage (contrat d'entreprise), caractérisé par l'état de subordination de l'employé vis –à- vis de l'employeur » Hanane Touzani ouvrage précité page 119.

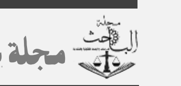
914- قرار 319 صادر بتاريخ 1985/9/8 في الملف الاجتماعي عدد 99385، منشور بمجلة المحاكم لمغربية عدد 36 –مارس أبريل) 1985 ص 124.

كذلك قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) عدد 496 بتاريخ 1994/17/17 في الملف الاجتماعي عدد 47 يوليوز 1995 ص 230.نفس المرجع.

915- قرار للمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) عدد 132 صادر بتاريخ 2005/1/12 في الملف الاجتماعي عدد 2004/1/5/887 غير منشور.

916- قرار تعقيبي مدني عدد 50854 صادر في 1996/01/22 أورده النوري مزيد م س ، ص16

917- محمد الشرقاني محاضرات في مدونة الشغل كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، مرجع سابق، ص 189، موسى عبود مرجع سابق ص 178، انظر أيضا محمد الكشبور مرجع سابق ص 161 ودنيا مباركة مرجع سابق 75.



إلا أن هذه الآراء الفقهية أجمعت على أن المعيار الحاسم للتمييز بين عقد الشغل وعقد المقاولة يكمن في عنصر التبعية، بحيث يكيف العقد بأنه عقد مقاولة كلما كان العمل ينفذ باستقلال تام[918].

وإن اعتبرنا من وجهة نظرنا المتواضعة أن هذا التمييز يعتمد على معيار التبعية القانونية فقط دون التبعية الاقتصادية والتي يتمتع الأجراء المنضوون تحت لوائها أيضا بنوع من الاستقلال النسبي عن سلطة المشغل التسييرية و الإدارية. وبالتالي يمكن القول أن هذا التمييز لا يرتكز إلا وفقط على الصورة القانونية للتبعية.

ثانيا: تمييز عقد الشغل عن عقد الشركة:

يقضي عقد الشركة تقديم الشركاء حصة معينة في رأسمال الشركة، وفي بعض الأحيان قد يقدم الشريك[919] عمله كحصة في الشركة، حيث يعمل تحت إشراف شريك آخر معين لإدارة الشركة ، الشيء الذي يؤدي إلى صعوبة التفرقة بين المركز القانوني للشريك والمركز القانوني للأجير.

ويؤكد جانب من الفقه[920] أن المعيار الحاسم للتفرقة بين العقدين هو عنصر التبعية ،فحتى ولو تم افتراض أن الشريك يعمل لحساب الشركة فإنه يكون في مركز مساو للشريك الآخر، في حين يبقى الأجير دائما في مركز تبعية لصاحب العمل دون أن يتدخل في طريقة إدارته.

وهنا نستحضر قرار لمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا)[921] والذي جاء فيه: " لكن حيث إن المحكمة لما ثبت من خلال الحكم التجاري المدلى به من طرف المطلوبة في النقض عدد 145 بتاريخ 2003/4/8 أن الطاعن شريك لها بنسبة النصف، وقضت المحكمة بتمكين المطلوبة من نصيبها في الأرباح، والمحكمة بتكييف النازلة أنه شريك لها وليس أجير لانتفاء علاقة التبعية يكون قرارها مرتكز على أساس".

918- محمد الكشبور، مرجع سابق، ص 163.

919- أحمد شكري السباعي الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي شركات المساهمة، الجزء الثالث، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط شتنبر 2012 ، ص 233 وما بعدها.

- انظر كذلك عبد الرحيم شميعة، محاضرات في القانون التجاري الشركات التجارية مطبعة سجلماسة، مكناس، طبعة 2012-2011، ص 126 وما بعدها.

920-عبد اللطيف الخالفي، مرجع سابق، ص 388.

921- قرار عدد 336 صادر بتاريخ 2005/3/30 في الملف الاجتماعي عدد 2014/1/5/1220 غير منشور.

وهذا ما أقره أيضا القضاء التونسي حيث ذهبت محكمة التعقيب التونسية في قرار[922] لها إلى ما يلي: "مدير الشركة ذات المسؤولية المحدودة خاضع لأحكام الفصل 151 من القانون التجاري وما بعده وليس بعامل على معنى قوانين الشغل، ولا يتقاضى إلى الراتب المعين له من قبل الشركاء".

ونضيف أيضا أن القضاء الاجتماعي المغربي اعتمد نفس المعيار لتمييز عقد الشغل عن عقد التسيير الحر حيث جاء في قرار[923] للمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) ما يلي: "لا يصح اعتبار العلاقة علاقة شغل إن لم تكن قائمة على إشراف المشغل وتبعية الأجير، والعقد الذي يوكل بمقتضاه لشخص تسيير محطة بنزين، تحت مسؤوليته وبمساعدة عمال يعملون بالمحطة تحت سلطته ومراقبته لا يمكن اعتباره عقد شغل..."

وهو نفس ما سارت عليه استئنافية البيضاء في قرارلها[924]، والذي جاء بما يلي: "حيث إن المحكمة وبعد دراستها لوثائق الملف، اتضح لها أنه لا وجود لأية علاقة تبعية بين المستأنف ومديرية المجازر على اعتبار أن هذه الأخيرة كانت مهمتها تسيير مرفق كان يوضع رهن إشارة أشخاص يعملون لحسابهم الخاص... ولا دليل في الملف يثبت تبعية المستأنف لمديرية المجازر سواء كانت اقتصادية أوقانونية".

وعلى العموم يمكن القول أن عقد الشغل هو عقد يتميز عن باقي العقود الأخرى بثلاث عناصر مرتبطة فيما بينها وهي:

1. العمل وهو التزام يقع على عاتق الأجير
2. الأجر و هو التزام مقابل للعمل يقع على عاتق المشغل
3. العلاقة السببية بينهما وهي ما يسمى في القانون الاجتماعي بعلاقة التبعية بشقيها القانوني والاقتصادي، وأن العبرة في حالة النزاع ليست بالوصف الذي يضفيه الطرفان على

922- قرار تعقيبي مدني عدد 9252 صادر بتاريخ 1973/3/1 القسم المدني لعام 1973 القسم المدني العام, ج1، ص 79 أورده محمد بن عبد الله الهادي مرجع سابق، ص 54.
923- قرار عدد 417 صادر بتاريخ 1995/4/25 في الملف الاجتماعي عدد 8461/82 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 47 يوليوز 1995.
924- قرار رقم 4803 صادر بتاريخ 2007/6/5 في الملف الاجتماعي عدد 2005/6391، غير منشور.

العقد[925] وإنما العبرة تكمن في الوصف الذي توصل إليه القاضي انطلاقا من سلطته التقديرية في تفسير العقد وإعادة تكييفه[926].

خاتمة و نتائج

.من حيث التمييز بين عقد الشغل المحدد المدة وغير محدد المدة:

+ رأينا أن القضاء يتوخى آلية التكييف من أجل الوصول إلى الوصف الحقيقي لعقد الشغل والذي غالبا ما يكون محل نزاع بين أطر افه.

+ جعل القضاء عبء إثبات استمرارية عقد الشغل على الأجير متى أراد أن يتمسك بصفة عقد الشغل غير محدد المدة على العقد الذي يعمل في إطاره.

+ إجماع القضاء على جعل الاستمرارية والنظامية من المعايير المميزة بين عقد الشغل المحدد المدة وعقد الشغل غير محدد المدة.

+ عدم إعطاء تعريف للعقد الموسمي يطرح إشكالية صعوبة التمييز بين العقود المحددة وغير المحددة خصوصا على مستوى القضاء.

.بالنسبة لعنصر التبعية:

+ لم يعرف المشرع علاقة التبعية رغم تنصيصه عليها من خلال مدونة الشغل إلا أن القضاء اعتبرها العنصر الجوهري المميز لعقد الشغل على باقي العقود الأخرى المشابهة له.

+ اعتماد القضاء المغربي على عنصر التبعية القانونية كأصل لتمييز عقد الشغل عن باقي العقود الأخرى و اعتبر التبعية الاقتصادية مجرد عنصر مكمل للتبعية القانونية و التي تم وصفها بالتبعية الفعلية الشيء الذي لا نحبذه ذلك أنه يمكن أن ترد التبعية الاقتصادية بشكل مستقل خصوصا في عقود التشغيل المؤقت كما رينا في البحث.

[925]- يونس العياشي، مرجع سابق، ص 168.

[926]- انظر أيضا بشأن التفسير والتكييف القضائي وخصوصياته في قانون الشغل ، أمينة رضوان دور القضاء في تطوير واستقرار علاقات الشغل أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق (القانون الخاص) جامعة الحسن الثاني عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء، السنة الجامعية 2013/2012، ص 17 وما يليها.

+ اعتبار التبعية القانونية وحدها للتمييز بين عقد الشغل وعقد المقاولة يجعل من التبعية ككل لا تسعف في أن تكون معيارا وحيدا للتمييز، خصوصا و أنه لا يمكن اعتماد التبعية الاقتصادية في هذا المجال.

لائحة المراجع:

عبد اللطيف شنتوف القضاء الاستعجالي في المادة الاجتماعية بين الو اقع والمأمول، مجلة القضاء المدني العدد 9، سنة 2014.

عزسعيد العمل القضائي المغربي في نزاعات الشغل الفردية مرجع سابق، ص 180، انظر كذلك يونس العياشي، استقرارعلاقات الشغل في القانون المغربي والقانون المقارن، أطروحة لنيل دبلوم الدكتوراه في الحقوق جامعة محمد الخامس أكدال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 2012/2011.

شيماء جوهري، دور القضاء الاجتماعي في نزاعات الشغل الفردية، رسالة لنيل دبلوم الماستر تخصص قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية أكدال، جامعة محمد الخامس الرباط ، 2017.

محمد سعيد، أثرالعمل القضائي على عقود الشغل، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2006/2005.

فتح الله الزين عرفات، الطبيعة القانونية لعقد الشغل ومبدأ استقرارالعلاقات الشغلية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في قانون خاص, الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية عين الشق الدارالبيضاء، السنة الجامعية 2008/2007.

إدريس فجر، دور القضاء في حماية الأجي المجلة المغربية لقانون اقتصاد التنمية سنة 1990

عبد القادر العرعاري، النظرية العامة للالتزام في القانون المغربي _الجزء الأول مصادر الالتزام الكتاب الأول، نظرية العقد، الطبعة الأولى 2013.

ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.497 بتاريخ 11 رمضان 28/1394 شتنبر 1974 بالمصادقة على قانون المسطرة المدينة، منشور بالجريدة الرسمية عدد 2303 مكرر بتاريخ 30 شتنبر 1974، ص 2741.

عبد القادر العرعاري: مصادر الالتزام الكتاب الأول نظرية العقد الطبعة الثالثة دار الأمان 2013.

عز الدين الماحي مدى مساهمة الاجتهاد القضائي في إنشاء القواعد القانونية، مجلة المنتدى العدد الرابع يوليوز 2004.

محمد لبيب شنب موجز في مصادر الالتزام المصادر الإرادية العقد (الإرادة المنفردة) دار النهضة العربية بيروت لبنان طبعة 1970.

نبيل إسماعيل عمر:سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية منشأة المعارف الإسكندرية مصر طبعة1989.

محمد سعيد بناني قانون الشغل بالمغرب علاقات الشغل الفردية الجزء الأول مطبعة دار السلام طبعة يناير 2007.

قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) صادر بتاريخ 17 ماي 1994 في الملف الاجتماعي عدد 8/9637 مجلة الإشعاع العدد 14 السنة الثامنة 1996 ص 79. وسنتطرق بتفصيل إلى التمييز بين عقد الشغل والعقود الأخرى المشابهة في المطلب الثاني.

قرار رقم 925 صادر بتاريخ 1982/11/29 في الملف الاجتماعي عدد 93422 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 31 مارس 1983ص 111.

محمد سعيد بناني، القاضي الاجتماعي ومبدأ استقرار الشغل ندوة "الشغل والمجتمع" جامعة محمد بن عبد الله كلية الحقوق فاس من 8 إلى 10أبريل 1982.

قرار صادر عن الغرفة الاجتماعية بالمجس الأعلى (محكمة النقض حاليا) عدد 9 بتاريخ 1997/2/7 في الملف الاجتماعي عدد 95/804 منشور بمجلة المحامي، عدد 32-33 سنة 1998 ص 319 وما بعدها.

محمد الشرقاوي، علاقات الشغل بين تشريع الشغل ومشروع مدونة الشغل دار القلم، الرباط الطبعة الأولى 2003.

[1].قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) عدد 306 صادر بتاريخ 2003/2/23 في الملف الاجتماعي عدد 04/1/5/1196 غير منشور.

قرار استئنافية الدار البيضاء، عدد 7999 الصادر بتاريخ 2007/12/10 في ملف عدد 2005/5697 غير منشور.و هو ما خلص إليه قرار آخر صادر عن نفس المحكمة عدد 4816 صادر في 2007/6/5 في الملف عدد 2006/3690 غ م.

قرار صادر عن الغرفة الاجتماعية بمحكمة النقض عدد 654 صادر بتاريخ 2013/4/25 في الملف الاجتماعي عدد 2013/2/5/1013، نشرة قرارات محكمة النقض العدد 13 مطبعة الأمينة الرباط 2014.

قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) رقم 1277 صادر بتاريخ 2004/12/8 في الملف الاجتماعي عدد 2009/5/761 غير منشور.

قرار عدد 186 الصادر بتاريخ 2009/2/11 في الملف عدد 2008/5/6/9 منشور بنشرة قرارات المجلس الأعلى، نشرة متخصصة الغرفة الاجتماعية الجزء 7 مطبعة الأمينة الرباط 2011، ص 18.

محمد الكشبور، إنهاء عقد الشغل مع تحليل مفصل لأحكام الفصل التعسفي للأجير، دراسة تشريعية وقضائية مقارنة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء ط2008.

عبد اللطيف الخالفي، الوسيط في مدونة الشغل، الجزء الأول، علاقات الشغل الفردية الطبعة الأولى 2004.

عديل هتوف والصوابني عبد الإله، دور القضاء الاجتماعي في حمايته الأجير، بحث نهاية التدريب، المعهد العالي للقضاء، الرباط 2008-2010.

قرار صادر عن الغرفة الاجتماعية لاستئنافية القنيطرة رقم 2782 بتاريخ 1991/11/4 في الملف ألاستئنافي عدد 7/89/3620 غير منشور أورداه عادل هتوف والصوابني عبد الإله، م. س، ص 18.

قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) صادر بتاريخ 1989/12/26 في ملف عدد 88/9112 مجلة الإشعاع العدد الأول يونيو 1989 ص 57 إلى 59.

قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) عدد 227 صادر بتاريخ 1992/4/27 في الملف الاجتماعي عدد 90/8001 منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 66، يوليوز 1992، ص 179-182.

محمد سعد الجرندي، معايير التمييز بين عقدي الشغل المحدد المدة وغير المحدد المدة، الندوة الثالثة للقضاء الاجتماعي 2004.

قرار محكمة الاستئناف العليا بدولة البحرين في القضية رقم 1984/2/634 بتاريخ 1984/12/4 منشور بالمجلة العربية للفقه والقضاء العدد السابع أبريل 1988، ص 241.

قرار محكمة التعقيب التونسية ملف مدني عدد 6189 مؤرخ في 13 أبريل 2001 نشرة محكمة التعقيب لعام 2001 القسم المدني، الجزء الثاني، ص 286 أورده محمد الهادي بن عبد الله، مجلة الشغل معلق عليها ، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة تونس، طبعة 2005.

قرار محكمة النقض عدد 852 صادر بتاريخ 2003/6/6 في الملف الاجتماعي عدد 2012/2/5/792 نشرة قرارات محكمة النقض الغرفة الاجتماعية، الجزء 13 مطبعة الأمينة الرباط، ص 38.

محمد سعد الجرندي، الطرد التعسفي للأجير بين مدونة الشغل والقضاء المغربي، مطبعة الأمينة، الرباط الطبعة الثانية 2007.

قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) عدد 122 بتاريخ 2005/2/9 في الملف الاجتماعي عدد 2005/1/5/776. غير منشور.

- قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) عدد 186 صادر بتاريخ 2003/2/25 في ملف اجتماعي عدد 2002/1/5/737 غير منشور.

- قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) عدد 380 صادر بتاريخ 1994/5/2 في ملف اجتماعي عدد 90/8015 غير منشور.

قرار محكمة التعقيب التونسية ملف مدني عدد 54866 مؤرخ في 17 أكتوبر 1996 نشرية محكمة التعقيب لعام 1996 القسم المدني ص 205 أورده محمد الهادي بن عبد الله، مرجع سابق، ص 36.

نضال جمال مسعود جرادة، التبعية في علاقات العمل العربية رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الأزهر، غزة، عمادة الدراسات العليا والبحث، كلية الحقوق قانون خاص، فلسطين 2013.

قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) عدد 442 صادر بتاريخ 1997/4/15 في الملف الاجتماعي عدد 95/1/14/298 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 47 يوليوز 1997 ص 270.غير منشور.

قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) عدد 930 الصادر بتاريخ 1999/9/29 في الملف الاجتماعي عدد 98/574 منشور بالنشرة الإخبارية المجلس الأعلى عدد 8 سنة 2000 ص 29.

4Mohmed KorriYoussefi. cours de droit social, cours dispensé au étudiants de la 3éme année droit privé et droit publique à la faculté de droit Meknès , année .2003/2004

Cass. Doc 13 novembre 1996. Noté par Christophe Radé et caroline Dechristé .code de travail Edition Dalloz 2005 paris

محمد سعيد بناني، قانون الشغل بالمغرب . علاقات الشغل الفردية دار النشر المغربية الدار البيضاء طبعة 1981.

حكم ابتدائية البيضاء بتاريخ 1974/4/3 في الملف الاجتماعي عدد 1569 أورده محمد سعيد بناني في كتابته قانون الشغل بالمغرب مرجع سابق ص 389. دون ذكر عدد الحكم.

أنس مدهوني علاقة التبعية في عقد الشغل، بحث نهاية التمرين للملحقين القضائيين الفوج 28 السنة القضائية1999-2000.

الأستاذ طالبي محمد

باحث في سلك الدكتوراه مختبر الحكامة جامعة الحسن الأول سطات

عدل بمركز قاضي المقيم بمدينة البروج

دعوى بطلان إجراءات التنفيذ في مسطرة تحقيق الرهن الرسمي في التشريع المغربي

Invalidity of enforcement proceedings in the official foreclosure investigation procedure in the Moroccan legislation

الملخص:

نلاحظ أن المشرع في سبيل إحاطته تنظيما بمسطرة تحقيق الرهن الرسمي، وتبعا لها كل ما يتعلق بالأمور التي تشكل سببا في التمسك بها من أجل بطلانها، ونجد أن المشرع قد تطرق الى أحد هذه الوسائل وهي دعوى بطلان إجراءات التنفيذ، ونلاحظ أن المشرع قد أحاطها تنضيما بجميع إجراءاتها، بدءا من إطارها القانوني وأطر افها مرورا بأسبابها سواء كانت الشكلية منها أم الموضوعية، بمعنى آخر جميع إجراءاتها المسطرية ومنها الآجال التي يجب على المدعي فيها احترامها فضلا عن المدعى فيها، وتبعا لذلك نلاحظ أن المشرع كان موفقا الى حد ما في مسألة التعريف بهذه الدعوى. كلمة مفتاح: دعوى، بطلان، التنفيذ، الرهن الارسمي.

Summary :

We note that the legislator is in order to systematically surround the procedure for verifying the official mortgage, and accordingly everything related to the matters that constitute a reason for adhering to it in order to invalidate it. We find that the legislator has addressed one of these means, which is the claim of invalidation of the implementation procedures, and we note that the legislator has systematically surrounded it with all Its procedures, starting from its legal framework and parties, passing through its reasons, whether formal or substantive, in other words, all its procedural procedures, including the deadlines

that the plaintiff must respect as well as the defendant. Accordingly, we note that the legislator was somewhat successful in the issue of defining this lawsuit.

مقدمة:

تمر مسطرة الإنذار العقاري بمراحل وآجالا وإجراءات مختلفة، وأمام هذه الشكليات المتطلبة فيها يحدث ألا تتم بالشكل ذاك وتعترضها بعض الاخلالات التي من شأنها أن يتضرر منها أحد أطراف مسطرة الإنذار العقاري، الأمر الذي يعطيه الحق إن شاء الطعن فيها بناء على ذلك الإجراء المعيب بغية المنازعة في سلامة مسطرة الإنذار وبالتالي المطالبة بإبطاله، مع التأكيد مرة أخرى على القاعدة الأصولية تقول لا بطلان إلا بوجود ضرر من أحد أطراف التنفيذ[927].

وكما كان الأمر عليه، فأي طعن ببطلان إجراءات الإنذار العقاري إلا ويجب رفعه في شكل دعوى، فالسؤال المطروح حول ماهية هذه الدعوى؟ وماهي أطر افها وموضوعها؟ وما هي الأسباب التي يجب أن تنبني عليها؟

بناء على ما سبق، وكإجابة على هذه الأسئلة نقف عندها في مطلبين، مطلب أول نعالج فيه ماهية دعوى بطلان إجراءات الإنذار العقاري، على أن نتطرق في مطلب ثان إلى أطراف وموضوع دعوى بطلان إجراءات الإنذار العقاري.

المطلب الأول: ماهية دعوى بطلان إجراءات التنفيذ.

إن دعوى بطلان إجراءات الإنذار العقاري، إنما هي تلك الدعوى التي تنبني إما على عنصر شكلي يرمي من خلالها ر افع الدعوى إلى إبطال ذلك الإجراء المعيب ومن تم تصحيحه ومتابعة إجراءات التنفيذ، وإما تنبني على عنصر جوهري موضوعي تكون الغاية في هذه الحالة المطالبة بإبطال الإجراءات بصفة نهائية والرجوع إلى الحالة التي كان عليها الأمر قبل رفع الدعوى، ولذلك سوف نتطرق في هذا المطلب إلى فقرتين أولها نتطرق فيها إلى تعريف دعوى بطلان إجراءات الإنذار العقاري وأساسها القانوني، على أن نتطرق في فقرة ثانية إلى أطر افها وموضوعها.

الفقرة الأولى: التعريف والأساس القانوني.

927- يونس الزهري: مقال حول الحجوزات في قانون المسطرة المدنية المغربي، الجزء الثاني، ص: 143.



قبل الخوض في بسط دعوى بطلان إجراءات الإنذار العقاري وجب أولا التطرق إلى تعريفها، على أن نتطرق ثانيا إلى أساسها القانوني.

أولا: مفهوم دعوى بطلان إجراءات الإنذار العقاري.

من الأمور التي أصبح من الثابت في المجال القانوني وبالأخص في باب التشريع، هي عدم دخول المشرع المغربي في مسألة إعطاء تعريف معين للمصطلحات والمفاهيم القانونية، وهو أمر محمود بأن ترك المجال للفقه، بل وحتى للقضاء في هذا الباب وغالبا ما تكون التعاريف لها من الدقة ما يميزها عن غيرها لو أعطيت لها من المشرع ذاته.

وبخصوص ما نحن بصدده من دعوى بطلان إجراءات الإنذار العقاري، نجد أن الأستاذ أحمد النويضي[928] عرفها بأنها: "كل إخلال بالقواعد المسطرية المنظمة لعملية التنفيذ الجبري على العقار"، كما عرفتها كذلك الأستاذة أمينة النمر[929]: "بأنها دعوى موضوعية ببطلان إجراءات الحجز العقاري لعدم توفر الشروط أو استيفاء الأوضاع اللازمة قانونا لتوقيعه وهي تدفع قبل البيع من أطراف التنفيذ ومن الغير".

وعلى ما ذكر، نبدي بعض الخصائص التي يمكن أن نستشفها من التعريفين السالفين الذكر:

_أنها دعوى موضوعية، يقصد بها الحكم ببطلان الحجز، وإذا ما كان المدعي يدعي استحقاق عقار فإنه يضيف إلى طلب بطلان الحجز طلب الملكية، وهو طلب موضوعي كذلك، ويرفع طلب بطلان الحجز إما لعدم تو افر الشروط اللازمة لتوقيع الحجز كعدم وجود سند تنفيذي بين الدائن والمدين، أو لانقضاء الدين لأحد الأسباب، أو إيقاع الحجز من غير وجود لمحل الالتزام وهو المديونية، أو توقيعه على مال غير مملوك للمدين، وإما لعدم استيفاء الأوضاع اللازمة قانونا لإجر ائه، كعدم القيام بالإنذار العقاري، أو عدم مراعاة آجال توجيه هذا الأخير[930].

[928]- أحمد النويضي: "القضاء المغربي وإشكالات التنفيذ الجبري للأحكام"، مطبعة وراقة الكتاب بفاس، الطبعة الأولى، مارس 1995، ص: 154.
[929]- أمينة النمر: "أصول التنفيذ الجبري"، الدار الجامعية، طبعة 1985، ص: 174.
[930]- أمينة النمر: م.س، ص: 175.



_ ومن خصائص هذه الدعوى كذلك، أنها يمكن أن تكون إشكالا وقتيا، لأنها تستهدف استحقاق عقار، ولكن ترمي فقط إلى طلب اعتبار إجراءات الحجز باطلة لمخالفتها ما يتطلبه القانون من إشهار واحترام آجاله أو عدم تبليغ الحجز[931].

ثانيا: الأساس القانوني لدعوى بطلان إجراءات الإنذار العقاري.

قبل الخوض في إعطاء المقتضى القانوني الذي تقوم عليه دعوى بطلان إجراءات الإنذار العقاري، نشير إلى أن بعض المحاكم أنكرت وجود سند قانوني لهذه الدعوى، وبالتالي وبناء على توجهها ألغت التعرض عليه[932]، لكن الموقف هذا رأينا المتواضع أنه غير سليم مع ما ذهب إليه الفقه والعمل القضائي اللذان أقرا بوجودها، بل وتطرقا إليها بالتنظيم والشرح لها.

وهكذا ذهب عبد الإله أبو عباد الله[933] إلى أن الطعن ببطلان الإنذار العقاري لا يعتبر طعنا في إجراءات الحجز العقاري، ذلك أن إجراءات الحجز العقاري منصوص عليها في الفصول 469 إلى 487 من ق.م.م تحت عنوان حجز العقارات، وهي من اختصاص عون التنفيذ وليس من بينها الإنذار العقاري، هذا الأخير الغرض منه توجيه تنبيه من الدائن إلى المدين مقتضاه أداء ما بذمته داخل أجل معين، وعلى ذات التاريخ وعدم استجابة المدين له تباشر إجراءات الإنذار العقاري، وأن القول بأن هذا الأخير يدخل ضمن إجراءات الحجز العقاري، هو تنكر للفصول المنظمة لهذه الإجراءات، وبالتالي لا مجال لتطبيق مقتضيات الفصول 483 و484 من ق.م.م في حالة الطعن ببطلانه[934].

وعلى عكس ما سبق، هناك اتجاه آخر يقول بأن دعوى الطعن في الإنذار العقاري هي دعوى بطلان إجراءات الحجز العقاري، وبالتالي فسندها القانوني هو الفصل 484 من ق.م.م مع الأخذ بعين الاعتبار الإحالة المتعلقة بالفصلين 482 و483 فيما يخص مسطرة الدعوى و آثارها[935].

---

[931]- حسناء السجي: "دعوى بطلان إجراءات الحجز التنفيذي"، الجزء الثاني، المجلة المغربية لنادي قضاة الدار البيضاء، العدد الثاني 2013، ص: 58-59.

[932]- عبد الإله أبو عباد الله: "تعليق حول إيقاف إجراءات التنفيذ العقاري من طرف قاضي المستعجلات"، مجلة المحاكم المغربية العدد 53 يناير/ فبراير 1988، ص: 21-82.

[933]- أشار إليه يونس الزهري: "الحجز التنفيذي على العقار في القانون المغربي"، سلسلة الدراسات القانونية المعاصر، الجزء الثاني، ص: 154-155

[934]- محمد جلال: " الإنذار العقاري والتعرض عليه"، مجلة المحامي، العدد 4، ص: 54.

- محمد سلام: م.س، ص: 116.

[935]- قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش عدد 341 بتاريخ 8-/5-/2001 في الملف عدد 2001/229

- قرار محكمة الاستئناف بمراكش عدد 1103 بتاريخ 2004/2/14 في الملف عدد 2001/2/950.

والقضاء قد أخذ بالرأي الأخير من خلال تكييفها للمنازعات المثارة بشأن الخلل الذي قد يعتري الإنذار العقاري بأنها طعن في إجراءات الحجز، وبالتالي يسري عليها مقتضيات الفصل 484 من ق.م.م، والهدف المتوخى من وراء تحديد الإطار القانوني لهذه الدعوى هي الوقوف على مسألتين أساسيتين، أولاهما هي تحديد أجل المنازعة في الإنذار، بينما المسألة الثانية فهي الوقوف على آثار المنازعة في وقف إجراءات التنفيذ، بحيث إذا ما نظرنا إلى كونه طعنا بالبطلان في إجراءات الحجز، فإن الأمر هذا يستوجب من صاحب المصلحة هذا أن يبادر بدعواه هذه قبل وقوع السمسرة وإلا انعدمت الفائدة فيها بعد ذلك، كما أن الدعوى هذه ترتب آثرا متمثلا في وقف إجراءات التنفيذ شأنها في ذلك شأن دعوى الاستحقاق الفرعية للعقار المحجوز[936]، والعكس صحيح إذا ما نضرنا لها على عكس ما ذكر، أي عدم اعتباره طعنا في إجراءات الحجز العقاري، فإن الأجل هذا غير معتبر، كما أنه لا يترتب عليه وقف إجراءات التنفيذ[937].

فمن خلال ما سبق فإن دعوى بطلان إجراءات الإنذار العقاري منظمة بفصل وحيد وهو الفصل 484 من ق.م.م، وهو ما يلاحظ عنه أن المشرع لم يولها اهتماما تشريعيا خاصا بها، علما أن الدعاوى المثارة بشأنها كثيرة تنظر أمام القضاء بشكل دوري.

والمشرع المغربي عندما تطرق إلى هذه الدعوى في الفصل المذكور قد أحال بخصوصها على المقتضيات القانونية المنظمة لدعوى الاستحقاق الفرعية رغم الفروقات الكبرى بين الدعويين.

وأمام هذا التداخل بين الدعويين، يبرز لنا التساؤل الوجيه حول الجهة القضائية المؤهلة للنظر في هذه الدعوى؟

وفي معرض الجواب على ذلك، نجد بعض المحاكم كما تمت الإشارة إليه سابقا تستبعد بعض دعاوى الطعن في إجراءات الإنذار العقاري بعلة غياب السند القانوني لهذه الدعوى، والحال كما قلنا وجود العديد من المحاكم التي تنظر في مثل هذه الدعاوي، وبالتالي تلغي الطعن في الإنذار العقاري كما هو الحال بالنسبة للحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بأسفي الذي جاء في تعليله بعدم قبول التعرض بحجة غياب الأساس القانوني.[938]

---

[936]- تطرق إليها يونس الزهري: م.س، ص: 134.
[937]- عبد الإله أبو عباد الله: م.س، ص: 82.
[938]- قراءة ابتدائية أسفي بتاريخ 1981/01/16 ملف مدني رقم 3455، أورده محمد جلال: "الإنذار العقاري والتعرض عليه"، منشور بمجلة المحامي، العدد 4، سنة 1983، ص: 55.



بينما الاتجاه المقابل يعتبر دعوى بطلان إجراءات الحجز العقاري وهي ذاتها دعوى الطعن بالبطلان وبالتالي فمقتضاها القانوني هو الفصل 484 من ق.م.م.

وفيما سبق أخذنا على المشرع عدم اهتمامه بهذه الدعوى بالشكل الكافي لها، مما خلف تلك التوجهات المختلفة، نجد المشرع قد استدرك الأمروحسم هذا الخلاف لكن بتشريع حديث من خلاله وجد الحلول للعديد من الإشكالات القانونية، والحل في مقامنا هذا هو عندما نص في الفصل 216[939] من القانون 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، بحيث أصبح الإنذار العقاري بمثابة حجز عقاري، وبناء على ذلك ساوى المشرع بينهما من حيث الأثر القانوني.

الفقرة الثانية: أطراف وموضوع دعوى بطلان إجراءات الإنذار العقاري.

دعوى بطلان إجراءات الإنذار العقاري، شأنها في ذلك شأن باقي الدعاوى التي تعرض على المحاكم، فهي لابد أن ترفع من أحد الأشخاص الذين تعرضت مصالحه للضرر، وهو ما سنتطرق إليه في شق أول، على أن نتطرق في شق ثان إلى موضوع هذه الدعوى والأسباب التي يمكن أن تنبني عليها.

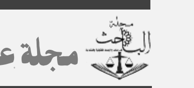
أولا: أطراف دعوى بطلان إجراءات الإنذار العقاري.

كما قلنا سابقا أن المشرع قد تطرق إلى دعوى بطلان إجراءات الإنذار العقاري حرصا منه على تمكين كل من تضرر من هذه المسطرة أن يلجأ إلى القضاء للدفاع عن مصالحه، وكذا المطالبة بإصلاح ذلك الضرر، لكن الملاحظ في هذا الشأن أن المشرع لم يحدد لنا الأطراف التي لها حق رفع هذه الدعوى، ليفسح المجال لكل من تضرر من هذه الإجراءات أن يرفع تلك الدعوى سواء كان المدين الراهن أو الكفيل العيني باعتبار أن اجراءات الحجز التنفيذي تباشر في حقهما معا، وتبعا لذلك يكون حريصين على أن تكون هذه الأخيرة سليمة، وأي خرق لها سواء على مستوى الشكل أو الجوهر،[940] يبادران إلى الطعن في ذلك وبناء على ذات السبب.

وبالتالي فممارسة هذه الدعوى إما أن تكون من طرف المدين، وقد تكون من طرف الدائن وقد تكون من الاغيار بمفهومهم الواسع.

---

[939]- جاء في المادة 216 من م.ح.ح. الفقرة 3: " ... يعتبر الإنذار المذكور بمثابة حجز عقاري وينتج نفس آثاره".
[940]- نور الدين لعرج: " عوارض مسطرة تحقيق الرهن الرسمي ومدى إمكانية إجراء تصرف في العقار المرهون"، مقال منشور بالموقع الإلكتروني www.Lawmoroco.com، ص: 177.



أ/ ممارسة دعوى بطلان إجراءات الإنذار العقاري من قبل المدين.

إن الأهمية القصوى في تتبع سلامة إجراءات الحجز العقاري، إنما تكون من طرف المدين أكثر من غيره بالطعن في مسطرة الإنذار العقاري، سواء كان المدين الأصلي أو الكفيل العيني، وذلك بغية تفادي التنفيذ الجبري على عقاره، مما سيتضرر من أي خلل يقع في المسطرة[941]، وبالتالي نجد المشرع سواء في القانون المسطري أو في شقه الموضوعي قد حدد مجموعة من القواعد الإجرائية المنظمة لمسطرة الحجز، ويترتب عن الإخلال بها منح الفرصة للمدين الدفع ببطلانها.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الدعوى توجه ضد الدائن المرتهن المستفيد[942] بالطبع من إجراءات الحجز، ويختصم فيها وحده دون عون التنفيذ الذي تقتصر مهمته على القيام بإجراءات التنفيذ فقط، علما أن الدعوى لو أقيمت منهما معا، أي الدائن وعون التنفيذ، أو أقيمت بحضوره فإنها تكون مقبولة دون النظر بعد ذلك في دخول باقي أطراف التنفيذ كأصحاب الحقوق العينية أو الدائنين الأخرين[943].

وبالإضافة إلى المدين الذي حق له الدفع ببطلان الإنذار العقاري، نجد كذلك الكفيل العيني، أمكنه كذلك ممارسة هذه الدعوى، مثله في ذلك مثل المدين، وبنفس الإجراءات وهو ما أكده قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء جاء فيه: "... والحال أن ذلك لا يمنع الكفيل من التمسك بجميع الدفوع التي يمكن للمدين الأصلي التمسك بها عملا بأحكام الفصل 1140 من ظ.ل.ع[944].

وهو نفس المقتضى الذي سار عليه المشرع كذلك عندما منع الكفيل العيني من التمسك بالدفع بتجريد المدين الأصلي من أمواله، عملا بمقتضيات المادة 196[945] من م.ح..ع، وفي ذات السياق جاء قرار عن استئنافية فاس جاء فيه: " وحيث أنه من المبادئ القانونية أن عقد

---

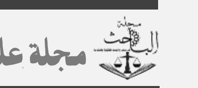
[941]- حسناء السجي: "دعوى بطلان إجراءات الحجز التنفيذي"، م.س، ص: 67

[942]- يوسف أفريل: م.س، ص: 274.

[943]-محمد سلام: م.س، ص" 113.

[944]- ينص الفصل 1140 ظ.ل.ع على ما يلي: " للكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن، بكل دفوع المدين الأصلي، سواء كانت شخصية له أو متعلقة بالدين المضمون، ومن بينها الدفوع التي تؤسس على نقص أهلية المدين الأصلي، وله أن يتمسك بهذه الدفوع، ولو برغم اعتراض المدين أو تنازله عنها؛ كما أنه يمكنه أن يحتج بالدفوع التي هي خاصة بشخص المدين الأصلي كالإبراء من الذين الحاصل له شخصيا.

[945]- جاء في المادة 196 من م.ح.ع: " إذا كان الراهن كفيلا عينيا فلا يجوز استيفاء الدين من غير ثمن الملك المرهون وليس للكيل العيني أن يتمسك بحق تجريد المدين".



الكفالة هو عقد تابع للالتزام الأصلي وجودا وعدما، ويبقى من حق الكفيل التمسك بكل الدفوع التي يمكن للمدين الأصلي إثارتها في مواجهة الدائن"[946].

مما سبق، ومن القرارين معا اللذان سبق التطرق إليهما قبلا، أمكن للمدين أو للكفيل العيني إذن اثارة أي طعن يتعلق بمسطرة الإنذار العقاري سواء كان شكليا أو موضوعيا.

وانطلاقا مما سبق أمكننا أن نتساءل بخصوص إمكانية الطعن وممارسته، والحال أن الدائن لم يباشر إجراءات التنفيذ في حق المدين الأصلي؟

كجواب على هذا السؤال ذهب أحد الباحثين في معرض جوابه قد اعتمد على أساسين قانونين، أولهم مدرج في إطار القواعد العامة للقانون المدني وهو الفصل 1136[947] من ظ.ل.ع ومن خلاله نجده يعالج كفالة دين عادي، وهو حديثه عن الكفالة في المجال العقاري، وتعارضه كذلك مع أهداف المسطرة التي تنبني على إجراء أساسي ألا وهو تمكين الدائن المرتهن من التنفيذ على العقار المرهون رهنا رسميا.

أما الأساس الثاني هو المادة 165 من م.ح.ع التي جاء فيها ما يلي: "الرهن الرسمي حق عيني تبعي يتقرر على ملك محفظ أو في طور التحفيظ ويخصص لضمان أداء دين"، ومنه يظهر الفرق بين الكفالة في إطار الرهن الرسمي التي هي كفالة عينية تستهدف العقار المرهون، وبين الكفالة في إطار القواعد العامة[948].

الأمر السابق نجد أمره في قرار لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء جاء فيه: "وحيث إنه بخصوص ما يتمسك به الطاعن من أنه مجرد كفيل تركة...

وأنه لا يمكن تحقيق الرهن الرسمي على عقاره إلا بعد تجريد هذا الأخير، فإنه بدوره دفع لا يستند على أي أساس على اعتبار أن الأمر لا يتعلق بكفالة عادية منحها الطاعن لضمان أداء

[946]- قرار محكمة الاستئناف بمراكش: عدد 135، بتاريخ 2004/01/29 في الملف 03/800.
للتعمق أكثر يراجع محمد كرام: "وضعية الكفيل أثناء مساطر الوقاية والمعالجة من صعوبات المقاولة"، مجلة المنتدى، العدد الثالث، 1423، يونيو 2002، ص: 127 وما يلها.
[947]- ينص الفصل 1136 من ظ.ل.ع على ما يلي:" للكفيل الحق في أن يطلب من الدائن أن يقوم أولا بتجريد المدين من أمواله المنقولة والعقارية، بشرط ان تكون قابلة للتنفيذ عليها، وأن توجد في المغرب وان يقوم بإرشاده إليها.
وعندئذ، تتوقف مطالبة الكفيل إلى أن تجرد أموال المدين الأصلي بدون إخلال بحق الدائن في اتخاذ ما عساه أن يؤذن له به من الإجراءات التحفظية ضد الكفيل، وإذا كان للدائن حق الرهن الحيازي او الرهن بدون حيازة او حق الحبس على منقول مملوك للمدين، وجب علبه ان يستوف دينه منه، ما لم يكن مخصصا لضمان ديون أخرى على المدين حالة كونه غير كاف للوفاء بها جميعا".
[948]- هاجر منيوي: م.س، ص: 51.

دين وتطبق عليها مقتضيات الفصل 1133 وما بعده من ظ.ل.ع، و إنما يتعلق الأمر برهن رسمي منحه الطاعن لضمان التزام في ذمة الغير، وهذا الرهن مستقل عن الالتزام الأصلي، ويمكن للدائن المرتهن متابعة تنفيذه بمجرد عدم تنفيذ المدين الأصلي لالتزاماته عند حلول أجلها ودونما حاجة إلى تجريد المدين الأصلي[949].

وفي إطار ما ينبني عليه الطعن على المستوى الشكلي كشهر البيع أو تبليغه إلى المدين، كما يمكن أن تنصب على بيانات الإنذار العقاري التي ألزم المشرع إدراجها، كما يمكن أن ينبني الطعن على مرفقات الإنذار، ومن أهمها شهادة التقييد الخاصة ...، وبالتالي أمكن للمدين هنا أو الكفيل العيني أن يتمسك في دعواه بانتفاء أحد الأسباب السابقة، وبالتالي مطالبة ببطلان إجراءات مسطرة الإنذار العقاري[950].

ومن الأسباب الموضوعية في دعوى بطلان إجراءات الإنذار العقاري المنازعة من قبل المدين في صحة التنفيذ معللا دفعه بانقضاء الدين كأدائه الدين أو سقط بالتقادم أو المنازعة في مقدار الدين، وبالتالي يترتب عن ذلك إلغاء الحجز من طرف المدين.

ب/ممارسة دعوى بطلان إجراءات الإنذار العقاري من قبل الدائن.

يعد المدين والكفيل العيني إن وجد، كان للدائن كذلك الحق في ممارسة دعوى البطلان، علما أن هذا الأخير له المصلحة في الطعن متى تضررت مصالحه وهو الذي يكون أكثر حرصا على سلامة الإجراءات لأن من شأن صحتها أن تسرع من عملية التنفيذ، وبالتالي ضمان الحصول على أمواله في أسرع وقت، ومنه لابد من شرطي المصلحة والضرر، وأن يرفق المقال المقدم للمحكمة بالمستندات والحجج المثبتة لذلك، والغاية من وراء مبادرته هذه هي إصلاح الإجراء المعيب بذل تركه على حالته إلى أن يتمسك به المدين نفسه وما يترتب على ذلك من طول إجراءات التنفيذ، وعلى ذلك فالطعن المثار يقتصر فقط على الاجراء المعيب وإعادة الإجراءات إلى مسارها الصحيح ومواصلة إجراءات المسطرة[951]، عكس ما عليه لو كان الطعن مثار من قبل المدين والتي ترمي إلى إلغاء مسطرة التنفيذ بالمرة.

---

[949]- قرار عن استئنافية الدار البيضاء التجارية رقم 2671/2005 الصادر بتاريخ 08/07/2005 في الملف عدد 9/2005/1785-3/2004/819 أوردته هاجر منيوي: مرجع سابق، ص: 61.

[950]- رضوان الطيبي: "الطعن في إجراءات الإنذار العقاري، سلسلة المنازعات العقارية"، الجزء الثاني، السنة 2011 ص: 79.

[951]- الرجراجي زكرياء: " منازعات الحجز العقاري"، م.س، ص: 218.



وترفع الدعوى من قبله كما قلت عندما تتضرر مصالحه، أو تصبح مهددة أو كما لو تم خرق مقتضيات المادة 216 من م.ح.ع وما يتعلق بها من عدم ذكر مشتملات العقار، أو بعض الأموال التي تعتبر عقارات بالتخصيص، أو عدم تبليغ الحائز كما هو منصوص عليه في الفصل 45 من ق.م.م التي تلزم تبليغ هذا الأخير، أو إغفال إنذار المكترين من أجل حجز الثمار المدينة التي بين أيديهم.... إلى غير ذلك من الأسباب التي تنهض سببا يبني عليها الدائن دعواه لحماية مصالحه[952]، وتصحيح المسطرة بالشكل القانوني المرسوم[953].

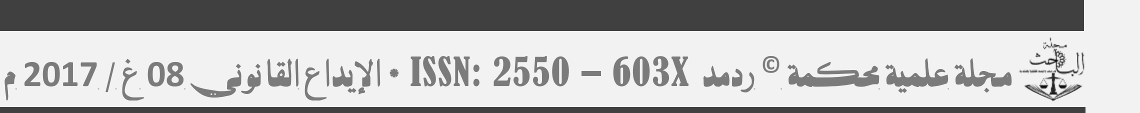
وعلى نهج ما سبق كان لمحكمة الاستئناف التجارية رأي فيما ذكر فقد جاء في أحد قراراتها ما يلي: "حيث تبين للمحكمة من خلال اطلاعها على وثائق الملف أنه وكما ذهب إلى ذلك قضاء الدرجة الأولى فإن المستأنف لم يبين مصلحته في الطعن ببطلان إجراءات التنفيذ ولا هدفه منه، وذلك أنه لم يبين ماهية الضرر الحاصل له ... لذا وجب رد الاستئناف لعدم جديته وتأييد الحكم المستأنف"[954].

وإذا كان المشرع حريصا على ضمان الحقوق، وذلك من خلال فتح باب القضاء لكل شخص للمطالبة بحقه دون شرط أو قيد، ومنح هذه المكنة في مجالنا للأطراف المباشرة في مسطرة إجراءات الحجز العقاري وهم الدائن المرتهن والمدين الراهن، فإنه وعملا منه على توسعة وفتح المجال لأشخاص أخرين قد تصيبهم هذه الإجراءات بضرر، فإنه أعطى للأغيار الحق في الدخول في هذه الدعوى، وهو ما سيكون مبحث النقطة الموالية، ولما كانت القاعدة أن العقود لا تلزم إلا عاقديها عملا بمبدأ نسبية آثار العقد كما هو منصوص عليها في الفصل 228[955] من ظ.ل.ع، فإن الأمر لابد من أن يستجلب أشخاص اخرين في المسطرة عند تحقق الضرر في جانبهم وهو موضوع النقطة الموالية.

ج/ممارسة دعوى البطلان من طرف الأغيار.

يقصد بالغير كل شخص أو طرف ثالث خارج عن العلاقة التعاقدية الأصلية المباشرة والتي تجمع في موضوعنا هذا بين الدائن المرتهن والمدين الراهن، ومن قبيل ذلك كمن مس حقه

952- يوسف بن الزاوية: " م.س، ص: 107 وما يليها.
953-الرجراجي زكرياء: " منازعات الحجز العقاري"، م.س، ص: 218.
954- قرار محكمة الاستئناف صادر بتاريخ 2008/05/29 في الملف المدني عدد 2008/01/296 أورده محمد هماش في دعوى بطلان إجراءات التنفيذ على العقار"، ص: 11.
955- جاء في الفصل 228 من ظ.ل.ع: "الالتزامات لا تلزم إلا من كان طرفا في العقد، فهي لا تضر الغير ولا تنفعهم إلا في الحالات المذكورة في القانون"



وذلك بعدم الإشارة إلى حقه في دفتر التحملات، هذا الإغفال يمنحه حق رفع دعوى البطلان، موضوعها تصحيح الإجراء الذي تم اغفاله، مع الإشارة إلى مسألة أساسية وهي عدم جواز المطالبة بنفس الحق موضوع الحجز، بمعنى آخر عدم إمكانية المطالبة بحق الملكية التي أساسها دعوى منفصلة عن دعوى البطلان ألا وهي دعوى استحقاق فرعية، وبالتالي فالحقوق المعتبرة كأساس للغير المطالبة بها هي مجموع الحقوق غير حق الملكية، ومن قبيل ذلك المكثري الذي لم يشار إلى علاقته الكرائية التي تربطه بالمنفذ عليه، ففي هذه الوضعية التي يظهر فيها أن مصالح المكثري ستضرر فكان له أن يدفع دعوى يطالب فيها من المحكمة إبطال دفتر التحملات، وإعادته من جديد بشرط الإشارة إلى حقه في الكراء[956].

ومن الغير كذلك الذي أمكنه رفع دعوى البطلان، نجد الحائز الذي انتقلت إليه ملكية ذلك العقار بأحد أسباب انتقال الملكية كما هي منظمة في مدونة الحقوق العينية وغير ذلك من الأسباب، فقد يتم التنفيذ إذن على العقار الموجود بين يدي هذا الأخير، أو عدم تبليغه بالإنذار[957]، كما أمكنه كذلك النزاع في المسطرة إذا ما قدم مقترح تأدية الدين والفوائد المترتبة عليه بمصاريفها ...، ومع ذلك استمر عون التنفيذ في مواصلة المسطرة[958].

ومن أهم الطعون التي منحت للحائز هو ما أوردته المادة 202[959] من م.ح.ع في فقرتها الأولى التي أعطت للحائز رفع دعوى البطلان إذا ما كانت للمدين أملاك أخرى من غير الملك الذي بين يديه، وهو ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف التجارية بمراكش جاء فيه: "حيث إن للطاعن في النازلة ليس هو المدين أو من يقوم مقامه حتى يمكن له سلوك مسطرة الطعن في إجراءات الحجز العقاري التي بوشرت من طرف الدائن المستأنف عليها على عقار ما لم يكن مسجلا في رسمه العقاري"[960].

كما زاد المشرع الضمان للحائز حينما منحه كذلك مزية استرداد ذلك العقار إلى حين رسو المزاد العلني، إذا ما قدم ما يثبت أنه قد أدى الدين كاملا وتوابعه حسب ما جاء في مضمون

---

[956]- يونس الزهري: م.س، ص: 148-149.

[957]- أمين حسون: "الإشكالات العملية في موضوع الإنذار العقاري"، بحث نهاية التمرين في المعهد العالي للقضاء الموسم 2003-2005، ص: 55.

[958]- رشيد قافو: مرجع سابق، ص: 64.

[959]- تنص المادة 202 من م.ح.ع: " للحائز الذي لم يكن ملزما بالدين أن يتعرض على بيع الملك المرهون الذي بيده إذا بقيت في ملكية المدين الأصلي أملاك آخرى مرهونة من أجل نفس الدين".

[960]- قرار عدد 1006 صدر بتاريخ 7/26 رقمه بالمحكمة التجارية 8/2/06، أورده عمر أزوكار في كتابه "أحكام الإنذار العقاري وإشكالاته القضائية"، م.س، ص: 14.

المادة 203[961] من م.ح.ع، وبالتالي إذا ما قام الحائز بالتعرض، أو أظهر نيته في الأداء، ومع ذاك واصل عون التنفيذ التنفيذ أمكن لهذا الأخير إقامة دعوى بطلان إجراءات الإنذار العقاري.

وللإشارة بخصوص أطراف هذه الدعوى نجد بعض الفقه[962]، يقول بأن أطراف الدعوى هذه يجب أن تتضمن الدائن والمدين كمدعى عليهم، لكن في الواقع العملي يتم إدخال كذلك حتى عون التنفيذ وجميع أطراف المسطرة، وفي بعض الأحيان حتى النيابة العامة[963].

وفي إضافة بخصوص الفصل 484 من ق.م.م الذي وجب ألا يفهم بعمومه في الصياغة حينما أعطى الحق لكل شخص تضررت حقوقه رفع دعوى بطلان هذه الإجراءات خاصة في الحالة التي يتم المطالبة فيها بملكية ذلك العقار، لأن الإطار القانوني لرفع هذه الدعوى هو الفصل 482 من ق.م.م، وفي حالة رفعها في إطار الفصل 484 من ق.م.م ستصدر المحكمة حكمها بعدم قبول الدعوى[964].

وخلاصة ما سبق، وإضافة إلى طرفي الحجز لم يحرم المشرع الغير الذي تضررت مصالحه عن طريق خرق بعض الشروط التي ينبني عليها الإنذار العقاري، سواء كان ذلك الإجراء شكليا أو موضوعيا إلا وثبت لصاحبه رفع دعوى المطالبة بإبطاله، والغير بمفهومه الضيق كل من لا تربطه بالعقار ولا بالمدين علاقة ما، أما في مفهومه الواسع كل من لم يكن طرفا في الحجز ولكن له حق إما مرتبط بالعقار المحجوز أو بذمة المدين.

بقي لنا أن نشير إلى السؤال الذي طرحه أحد الباحثين[965] بخصوص الشروط التي يتطلب توفرها في المكثري، والتي بموجبها يصبح له الحق في رفع دعوى بطلان إجراءات الحجز العقاري عندما لا يتم ذكره في دفتر التحملات كأنه مكتري؟

كجواب على هذا التساؤل يجب الأخذ بعين الاعتبار ما إذا كنا في عقار محفظ أو غير محفظ، فالعقار المحفظ لا يشكل لنا أي صعوبة بالنظر إلى أن أي حق لا يعتد به قانونا إلا إذا تم

961- تنص المادة 203 م.ح.ع: " لا يحول تخلي الحائز عن الملك المرهون دون الحق في استرداده إلى حين تاريخ البيع بالمزاد العلني، وذلك بعد أدائه كامل الدين وتوابعه".

962- محمد سلام: م.س، ص: 114.

963- محمد زلايجي: "بطلان العمل الإجرائي وأثره على العون القضائي"، مقال منشور بمجلة المناظرة، عدد 2001.6، ص: 17.

964- رضوان الطيبي: م.س، ص: 79.

965- هدى بوينيفيف: "دعوى بطلان إجراءات الحجز التنفيذي"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2015/2014، ص: 82.

تقييده بالرسم العقاري ووفق الكيفية المحددة في الفصل 65[966] من ظ.ت.ع، أما في الحالة الثانية وبالرجوع إلى القواعد العامة الفصل 629[967] من ظ.ل.ع، وكذلك مقتضيات الفصل 68[968] من ظ.ت.ع، أمكن القول أنه لا يمكن التمسك بها في مواجهة الغير، أي أن المكثري الذي لم يبادر إلى تقييد عقد كرائه بالرسم العقاري للمعني لا يمكن له بالتالي مواجهة الغير بهذا الكراء.

المطلب الثاني: أسباب بطلان إجراءات الإنذار العقاري وآجالها.

إن المنازعة بصفة عامة تقتضي من رافعها أن يكون له سبب، وبالأحرى موضوع لهذه الدعوى وإلا كانت غير ذات فائدة، والأسباب هذه تتعدد بتعدد مواضيعها، وعلاقة بموضوعنا هذا فقد تنطوي على أحد الصورتين، إما في صورة المنازعة في عيب شكلي، وإما في صورة عيب في الموضوع، ومن المؤكد أن لكل دعوى سبب وهذه الأسباب عديدة ومتنوعة، كما أن ممارسة هذه الدعوى وجب أن تخضع لآجال كان من الواجب ومن اللازم مراعاتها في رفع هذه الدعوى، كل هذا سنتطرق إليه في فقرتين الأولى نعالج فيها أسباب بطلان إجراءات الإنذار العقاري، على أن نتطرق في فقرة ثانية لآجال رفع هذه الدعوى.

الفقرة الأولى: أسباب بطلان إجراءات الإنذار العقاري الشكلية والموضوعية.

يمكن لدعوى بطلان إجراءات الإنذار العقاري أن تقتصر فقط على أحد العناصر الشكلية لها، كما يمكن المنازعة في أساس العقد برمته وهو صحة عقد الرهن[969].

---

[966]- ينص الفصل 65 من ظ.ت.ع: "يجب أن تشهر بواسطة تقييد في الرسم العقاري، جميع الوقائع والتصرفات والاتفاقات الناشئة بين الأحياء مجانية كانت أو بعوض، وجميع المحاضر والأوامر المتعلقة بالحجز العقاري، وجميع الأحكام التي اكتسبت قوة الشيء المقضي به، متى كان موضوع جميع ما ذكر تأسيس حق عيني عقاري أو نقله إلى الغير أو الإقرار به أو تغييره أو اسقاطه، وكذا جميع عقود أكرية العقارات لمدة تفوق ثلاث سنوات، وكل حوالة لقدر مالي يساوي كراء عقار لمدة تزيد على السنة غير مستحقة الأداء أو الابراء منه.

[967]- ينص الفصل 629 من ظ.ل.ع: "... كراء العقارات لمدة تزيد على سنة لا يكون له آثر في مواجهة الغير ما لم يكن مسجلا وفقا لما يقضي به القانون".

[968]- ينص الفصل 68 من ظ.ت.ع: " إن عقود الأكرية التي لم يقع إشهارها للعموم بتقييدها في الرسم العقاري طبقا لمقتضيات الفصل 65 من هذا القانون لا يجوز التمسك بها في مواجهة الغير لكل مدة تتجاوز ثلاث سنوات تحسب من اليوم الذي تنتج فيه العقود المشار إليها في الفصل 67 أثرها".

[969]- جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بمراكش: "حيث أنه لا نزاع في أن المستأنفين استفادا من المستأنف عليه من قرض في حساب جاي وتعرض للتجهيز وقدما رهنا على العقار موضوع الرسم العقاري عدد 59726 المسمى أبوفال 2 الواقع بمنطقة انزكان وتم تسجيل هذا الرهن على الصك العقاري المذكور، كما أنه لا نزاع في أن البنك أنذرهما بموجب إنذار عقاري توصلا به بتاريخ 2002/03/26 مستوف لشروطه الشكلية، ولذلك فإن تقييد الرهن بالمحافظة يعطى للدائن المرتهن الحق في المطالبة ببيع العقار المرهون بعد توجيه إنذار بدون جدوى طبقا للفصلين 204 و205 من القانون العقاري وما تمسك به المستأنف من منازعة في الكشوفات الحسابية أو المديونية فيه لا يبرز إبطال الإنذار العقاري وهو ما انتهى إليه حكم المستأنف الذي يتعين تأييده – حكم عدد 154 بتاريخ 2003/02/04 في الملف عدد 2002/12/1281.

وأوجه الفرق الذي يكمن بين هذين الطعنين مفاده أن الطعن في إجراء شكلي ما هو إلا المطالبة بتصحيح ذلك الاجراء الذي شابه الخلل، ومن تم متابعة المسطرة إلى نهايتها[970]، بينما الهدف من الطعن الموضوعي هنا له آثار أكثر تأثير من سابقه وهو إنهاء النزاع بشكل نهائي[971].

وهديا ما سبق نعالج أسباب بطلان إجراءات الإنذار العقاري الشكلية أولا، على أن نتناول أسباب البطلان الموضوعية ثانيا.

أولا: أسباب بطلان الإنذار العقاري لخلل شكلي.

يقصد بالإخلال الشكلي ذلك الإخلال الذي يتعلق بالأمور الشكلية التي تتعلق بإجراءات التنفيذ العقاري، أو البطلان الناتج عن عدم الالتزام بقواعد التبليغ.

ومن المعلوم بالضرورة من الحال أن الإنذار العقاري هو الخطوة الأولى التي تبتدأ بها مسطرة تحقيق الرهن الرسمي، وبناء على ذلك فكان من اللازم أن يكون هذا الأخير مستوفيا لجميع البيانات الشكلية المتطلبة قانونا، وحتى المتطلبة قضاء وفقها.

بمعنى آخر أن إغفال أحد البيانات المذكورة أو التي ذكرت وبشكل خاطئ قد يؤدي إلى رفع هذه الدعوى.

أ/ البطلان المرتكز على عدم ذكر بيانات الإنذار العقاري.

قلنا انه من بين الأسباب التي تكون مرتكز لصاحب المصلحة في رفع دعواه هي عدم ذكر بيان أو أكثر من البيانات الأساسية لصحة ذلك الإنذار، وهذه البيانات قد أوردها المشرع المغربي في المادة 216[972] من م.ح.ع، كما يجب على المدعي كذلك تحديد مبلغ الدين المحدد في عقد الرهن الرسمي استنادا إلى الفقرة الأخيرة من المادة 175[973] من م.ح.ع، ويستتبع كل ذلك إنذار المدين الأصلي أو الحائز طبقا للمادة 215 من م.ح.ع.

970- محمد سلام: م. س، ص: 117.

971- يونس الزهري: م. س، ص: 162/161.

972- تنص المادة 216 م.ح.ع: "يتضمن الإنذار المشار إليه في المادة السابقة اسم المالك المقيد واسم الملك المرهون وموقعه ومساحته ومشتملاته ورقم رسمه العقاري.
يبلغ المكلف بالتنفيذ نسخة من الإنذار المذكور إلى المحافظ على الأملاك العقارية الذي يقيده بالرسم العقاري، يعتبر الإنذار المذكور بمثابة حجز عقاري وينتج نفس آثاره".

973- تنص الفقرة الأخيرة من المادة 176 م.ح.ع: "... بيان مبلغ الدين المضمون بالرهن والمدة المحددة لأدائه".

وبناء على ما تقدم فاحترام هذه الأمور جميعها يكون الإنذار صحيحا منتجا لكافة آثاره القانونية تجاه المدعي عليه ألا وهو المدين الراهن، أما إذا لم يحترم أحد البيانات المذكورة سابقا فإن الإنذار يصبح قابلا للإبطال[974].

فقد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بمراكش ما يلي: "...وحيث أنه بالرجوع إلى الإنذار العقاري المطلوب إبطاله يتضح أنه يتضمن اسم العقار المحفظ الذي سيجري عليه البيع في حالة عدم الأداء ويشير إلى رقم الصك العقاري ومكانه وبالتالي فإنه مطابق للمقتضيات المنصوص عليها في الظهير 1915/06/02[975].

كما جاء في حكم صادر عن المحكمة التجارية بأكادير ما يلي: "حيث أن الإنذار العقاري الصادر عن السيد رئيس مصلحة كتابة الضبط بناء على الأمر الرئاسي الصادر عن هذه المحكمة بتاريخ 2002/03/22 تضمن سائر الشكليات المنصوص عليها في المادة 205 من القانون العقاري بإشارته إلى اسم العقار الذي سوف يجري بيعه في حالة عدم الأداء ورقم رسمه العقاري ومكان تواجده.

وحيث إن سلامة الإنذار العقاري ونضاميته يجعل الطلب الرامي إلى بطلانه بدون أساس[976].

مما سبق أمكننا أن نطرح السؤال عن الجزاء المقرر عند إغفال هذه البيانات أو أحدها؟

الجواب على هذا السؤال نعود به إلى المادتين 215 و216 من م.ح.ع اللتان تبينان أن المشرع المغربي لم يضمنهما أي جزاء في حالة الإغفال، وإن كان حري بالمشرع ألا يترك هذه

---

[974]- يونس الزهري: م. س، ص: 163.
[975]- قرار عدد 432 صادر بتاريخ 2004/04/27 في الملف عدد 2003/12/557 غير منشور.
[976]- حكم عدد 2004/324 بتاريخ 2004/03/29 في الملف عدد 2003/226.
ويرى يونس الزهري بهذا الخصوص متأسفا على أن بعض المحاكم تجرد نفسها من صلاحية مراقبة سلامة الإنذار العقاري بعلة غير صحيحة وهي أنه سبق لرئيس المحكمة أن راقب هذه البيانات قبل الاذن بتوجيه الإنذار من ذلك مثلا جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء التي عللت أحد قراراتها بما يلي: "حيث أنه بخصوص الدفع بعدم توقيع الإنذار فإن المحكمة لا تتوفر على أصل الإنذار حتى تتمكن من التحقق من صحة الدفع المثار حول التوقيع على أن الإنذار المذكور وجه إلى الطاعن بناء على أمر صادر عن رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء في إطار الفصل 148 من ق.م وأن السيد رئيس المحكمة لم يصدر أمره إلا بعد اطلاعه على كافة الوثائق وبه التحقق من توقيع أصل الإنذار من طرف باعثه مما يبقى معه الدفع المذكور غير مرتكز على أساس ويتعين رده".
_قرار عدد 2003/2804 صادر بتاريخ 2003/09/23 في الملف 14/2003/899.غ.م.
ويضيف هذا الفقه أن هذا الاتجاه القضائي يعدم كل رقابة قضائية على صحة الإنذار العقاري وخطورة ذلك تكمن في أنه سند استصدر في غيبة الخصم المنفذ عليه، ومع ذلك فهذا الاتجاه ينزع إلى أن يحرمه من كل الضمانات الواجبة بمقتضى المحاكمة التواجهية، مما يشكل خرقا صارخا لحقوق الدفاع.
_يونس الزهري: م.س، ص: 163

الفرصة وترك المجال مفتوح هكذا، علما أن المشرع المصري عندما بين أو بالأحرى سطر البيانات الواجب توفرها في التنبيه أضاف إليها كذلك أن الجزاء المقرر عند خلوه من أحد البيانات الواجبة، فالجزاء هو بطلان التنبيه، وهو الأمر الذي جاءت به الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 401 من قانون المرافعات المصري.

وتبعا لما سبق هل يمكن اعتبار البطلان هذا هو من النظام العام والذي به أمكن للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها؟ أم كان من اللازم على صاحب المصلحة أن يتمسك به؟

المشرع المغربي وسيرا على عدم التنصيص على الجزاء المقرر عند التغاضي على أحد البيانات المتطلبة قانونا، فقد سايره كذلك في سؤالنا هذا بعدم الاجابة عليه، لكن ظروف المسطرة ومصالح الأطراف، وبالخصوص الدائن المرتهن وما يرجوه من سرعة في ضمان حقه يبقى الخيار الأمثل هو أن يتمسك به صاحب المصلحة.

المشرع المصري مرة أخرى يجيب عن هذا الأمر عندما قال بأن بطلان التنبيه المضمن في المادة 401 من قانون المرافعات المصري هو بطلان نسبي لا يستفيد منه إلا المدين، وعلى هذا الأساس جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 10 يناير 1978 ما يلي:" بطلان إجراءات التنفيذ العقاري لعدم إعلان السند التنفيذي وتنبيه نزع الملكية للمدين بطلان نسبي شرع لمصلحة المدين وحده"[977].

ترتيبا على ما سبق، نلاحظ بأن المشرع المصري كان أكثر دقة من نظيره المغربي عندما حاط التنبيه بالتنظيم الكافي وجعله أكثر فاعلية وأكثر حماية للدائن في سبيل استرداد حقه، وهو ما نرجو من خلاله على المشرع المغربي أن يتداركه في تعديلات قادمة.

ومن الاخلالات كذلك أن يوجه الإنذار العقاري ضد ميت، وبهذا الخصوص جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء جاء فيه: "حيث يعيب الطاعن على الحكم قضاءه ببطلان الإنذار العقاري والحال أن المستأنف عليهم هم الذين يصرحوا بوفاة مورثهم للمحافظ إلا بتاريخ 2009/12/28 موضحا بأنه ملزم بتوجيه الإنذار العقاري للمالك المقيد بشهادة التقييد الخاصة لا سيما وأنه لم يكن عالما بوفاة المدين، وحيث أجاب المستأنف عليهم بأنهم

[977]- حكم صادر عن محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 13 لسنة 42 بجلسة 10 يناير 1978 أشار إليه عزيز المحريري: م.س، ص: 92.

استصدروا حكما قضى على شركة التأمين أطلنطا بأداء الأقساط التي لم يتم آداؤها من طرف مورثيهم قيد حياته وأن هذا الحكم أصبح نهائيا[978].

كما أن عدم التطابق بين السند الذي يجري التنفيذ على أساسه واسم صاحب الحق المقيد في الرسم العقاري ينهض سببا في رفع دعوى البطلان، فقد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء ما يلي: "وحيث أنه ما دام من الثابت أنه صدر حكم بالأداء تحت رقم 2003/11343 بتاريخ 2003/12/24 في مواجهة المسمى المنصاري إبراهيم بصفة غيابية و أنه بعد إنجاز محضر امتناع وعدم وجود ما يحجز بوشرت إجراءات التنفيذ على العقار ذي الرسم العقاري عدد 08/53180 على إثر تبليغ المحكوم عليه (المنصاري إبراهيم) شخصيا دون ذكر رقم بطاقته الوطنية فإن إجراءات الحجز العقاري تكون قد بوشرت على خلاف ما هو ثابت من عقد القرض المستدل به والشهادة العقارية للعقار المرهون بخصوص اسم المعني بالأمر والذي هو المناصري إبراهيم، وهو ما يحيل كما جاء في تعليل الحكم المستأنف وإجراءات الحجز التنفيذي باطلة طالما أن الطاعن لم يحصل على حكم قضائي بتصحيح الخطأ المادي الذي وقع فيه[979].

ومما يمكن أن نلاحظه سواء فيما سبق ذكره أو من خلال بعض العمل القضائي، أن البعض من المحاكم لم تعد تهتم بمراقبة سلامة الإنذار العقاري بالنظر إلى المراقبة القبلية التي تمت من قبل رئيس المحكمة، ورغم ذلك فإن أغلب المحاكم تتحقق من سلامة الإنذار العقاري وما مدى احتوائه على جل البيانات المتطلبة قانونا في الإنذار العقاري[980].

ب/ البطلان المرتكز على خرق قواعد تبليغ الإنذار العقاري.

من الإجراءات المسطرية الجوهرية التي تقوم عليها الدعوى عموما، وحماية مصالح الأطراف خصوصا هي مسطرة التبليغ، هذه الأخيرة الالتزام بها يعد سببا في تجنب التمسك بها في بطلان الدعوى، وفي خلاف ذلك ومن شأن الإخلال بها وبإجراءاتها من قبيل ادعاء المدين بعدم تبليغه بالإنذار العقاري بصفة قانونية، ومن مرتكزات التبليغ هذا أن يتم شخصيا أو ممن لهم الصفة في ذلك بلغة القانون، ويمكن أن يتم التبليغ كذلك إلى الممثل القانوني للشخص إذا ما

---

[978]- قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 2012/637 صدر بتاريخ 2012/2/2 رقمه بمحكمة الاستئناف التجارية 14/11/2748 أورده عمر أزوكار: م.س، ص: 424-243.

[979]- قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 2011/10/04 رقمه بمحكمة الاستئناف التجارية 14/2011/872 أورده عمر أزوكار: م.س، ص: 176-177.

[980]- رضوان الطيبي: م.س، ص: 80.



كان هذا الأخير ممن يتعذر تبليغهم، كفاقد الأهلية أو كان المبلغ إليه شخصا معنويا، كالشركة أو الجمعية وغير ذلك من الأشخاص المتصفين بهذه الصفة[981].

ومن الحالات العملية لكل ما ذكر وهو عندما يتم التبليغ إلى شخص ليس هو الشخص المقيد اسمه بشهادة التقييد الخاصة، ففي مثل هذا الأمر حق للمعني الطعن في الإنذار، وهو ما جاء في أحد قرارات محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء جاء فيه:" وحيث أن تبليغ الإنذار من غير الدائن المقيد بشهادة التقييد الخاصة وفي غياب الإدلاء بما يفيد إدماج باعته مع هذا الأخير يجعل من الإنذار العقاري المذكور موجها من شخص غير ذي صفة، ولا يمكن بحال ترتيب آثاره على الطرف الطاعن[982].

وبناء على ما تم ذكره سابقا، أمكننا القول بأن مناط قبول الطعن من صاحب المصلحة في الإنذار العقاري، أو حتى في إجراءات التنفيذ هو وجود ضرر ترتب عن عدم أو إغفال ذكر بعض البيانات، وعلى إثر ما سبق إذا ما وقع التبليغ إلى المدين رغم وجود خطأ إملائي مثلا فإنه لا أثر لذلك على سير وسلامة المسطرة.

وفي ذات السياق نسرد لقرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء جاء فيه: "وحيث إن ما أثاره الطاعن من عدم تضمين الإنذار المشتملات العقار طبقا للمادة 216 من م.ح.ع وهو دفع غير جدير بالاعتبار طالما أن الإنذار العقاري قد تضمن اسم العقار وعنوانه ومساحته ورقم الصك العقاري مع الإشارة إلى كون الشقة وأن هذه البيانات كافية للتعريف بالعقار المراد بيعه جبريا حسبما هو مقصود من نص المادة المحتج بها[983].

---

[981]- يونس الزهري: م.س، ص: 163.
- وفي قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بمراكش جاء فيه: "حيث بخصوص مانعاه المستأنف أن التبليغ حصل للمدين أحمد حارس قبلا، وهذا يؤكد أن التبليغ وقع بموطن العارض لأخذ خدمة وأن العارض الذي يدعي خلاف هذا عليه إثباته وأنه لحد الآن لم يثبت ذلك مما يكون معه استئنافه غير مرتكز على أساس وتعين رده وتأييد الحكم المستأنف.
_قرار عدد 204 صادر بتاريخ 2002/03/11 في الملف عدد 2002/05/460 غ.م.
_وفي قرار آخر: "أن الثابت من وثائق الملف وخصوصا عقد القرض أن المقرر الذي يتوفر عليه البنك كعنوان للمدين في شارع مكة العيون وأنه كان على المستأنفة أن تتخذ البنك بتعيين مقرها الاجتماعي حتى يمكنها الاحتجاج عليها بالمقر الجديد، وأن البنك قظاها في المقر الذي لديه مما يكون معه أيضا هذا الدفع غير وجيه، كما أن المستأنفة لحد الآن لم تثبت أنه ليس عاملا عندها ويبقى نفيها لأية صلة به، مجرد من أي دليل مما يكون معه والحالة هاته التبليغ قانوني.
_قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش عدد 1072 بتاريخ 2004/12/07 في الملف رقم 2004/5/462.

[982]- قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 3245 الصادر بتاريخ 2015/06/03 في الملف رقم 2015/8232/1547 (غير منشور).

[983]- قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 4229 الصادر بتاريخ 2016/06/28 في الملف رقم 2016/8232/2535،غ.م.

وبالتالي نلاحظ أن القضاء يتساهل مع غياب بيان أو بيانات مادام أنها لم تلحق أي ضرر بأحد الأطراف المعنية، كما لا تأثيرلها على سلامة مسطرة تحقيق الرهن.

وإذا ما تعلق الأمر بشخص ذو حالة مختلفة، كفاقد الأهلية أو الأشخاص المعنوية الأخرى، فإن التبليغ المعتبر قانونا هو الذي يتم وفقا للفصل 516 من ق.م.م[984]، والذي يقضي بأن يتم إلى ممثلهم القانونيين تحت طائلة بطلان ذلك التبليغ[985]، علما أن التسليم ليس بالضرورة أن يكون بصفة شخصية، وإنما يقع صحيحا لكل من له صفة التسليم هذه[986].

وعليه، فأي تبليغ لغير هاؤلاء الأشخاص إلا ويرتب أثرا قانونيا مفاده بطلان الإنذار مع ما يترتب على ذلك من آثار قانونية، هذا الأمر تعرض له قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بمراكش جاء فيه: " لكن حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المستأنف يتعين أنه قد رد على هذا الدفع المثار بخصوص الفصل 38 المشار إليه وعن صواب بقوله بأن المحامي لا يدخل ضمن الأشخاص الواجب تسليم التبليغ إليهم طبقا للفصل 38 من ق.م.م الواردين على سبيل الحصر وهو الشخص نفسه أو من يوجد بموطنه من أقاربه أو خدمه أو كل شخص يسكن معه.

وحيث أنه فضلا عن أن المحامي المعين تنتهي وكالته بمجرد صدور القرار الاستئنافي البات في النازلة فإن مقتضيات الفصل 33 من ق.م.م المتمسك بها تهم الوكيل غير المحامي الذي تنظم مهمته مقتضيات خاصة منظمة في القانون المنظم لمهنة المحاماة[987].

---

[984]- جاء في الفصل 516 من ق.م.م على ما يلي:" توجه الاستدعاءات والتبليغات وأوراق الاطلاع والإنذارات والاخطارات والتنبيهات المتعلقة بفاقدي الأهلية والشركات والجمعيات وكل الأشخاص الاعتباريين الآخرين إلى ممثليهم القانونيين بصفتهم هذه".

[985]- جاء في حكم الابتدائية مراكش ما يلي: "... إن الفصل 516 من ق.م.م ينص على ضرورة أن توجه الاستدعاءات والتبليغات وأوراق الإطلاع والإنذارات والإخطارات والتنبيهات المتعلقة بفاقدي الأهلية والشركات والجمعيات وكل الأشخاص الإعتباريين الآخرين إلى ممثليهم القانونيين بصفتهم هذه وحيث أن البنك الشعبي عبارة عن شركة أي شخصية معنوية فإن إجراءات التبليغ يجب أن توجه إلى ممثلها القانوني بصفته هذه الشيء الذي لم تراعى عند تبليغه وحيث أن النص المذكور ورد بصيغة الوجوب فهو إذن قاعدة آمرة لا يجوز مخالفتها مما يتعين معه إبطال إجراءات التبليغ وما يترتب عنها من آثار".

– حكم عدد 5121 بتاريخ 2003/12/23 غ.م.

[986]- جاء في قرار للمجلس الأعلى أن الفصل 516 من ق.م.م أوجب الإستدعاءات والتبليغات إلى الممثل القانوني للأشخاص الإعتباريين في مقرهم الاجتماعي ولم يوجب تسليم هذا التبليغ إليهم بصفتهم الشخصية ".

- قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1996/03/26 في الملف المدني عدد 91/5420 منشور بمجلة الإشعاع عدد 15، ص: 145.

[987]- قرار عدد 85 صادر بتاريخ 2004/01/27 في الملف عدد 2003/5/605 غ.م.

- وفي حكم ابتدائية مراكش كذلك: "حيث إننا وبالرجوع إلى ملف التبليغ رقم 2000/11078 نجد أن الشخص الذي سلم إليه التبليغ وهو السيد عمر الذي ليس من أقارب المدعى عليهم ولا يمكن معه، بل يسكن بدرب البراءة رقم 65 وعنوان دكانه هو درب البراءة رقم 70 وذلك حسب الالتزام الذي تقدم به المدعي والموقع من طرف عمر.

وحيث أن تواجد دكان عمر أمام منزل المدعي لا يعني أنه يسكن معه وبالتالي فإن التبليغ ليس قانونيا باعتباره سلم لشخص لا يسكن مع المدعي وأن الفصل 38 من ق.م.م يؤكد على أن التبليغ لا يكون صحيحا إلا إذا سلم لكل شخص آخر يسكن مع المبلغ إليه.

ليطرح السؤال حول ما إذا كان الجزاء المقرر لخرق إجراءات الإنذار العقاري هو البطلان، فهل لهذا الجزاء ضرر للطاعن حتى يعتد به؟

للجواب على هذا السؤال يمكننا الرجوع إلى الفصل 49 من ق.م.م في فقرته الأخيرة جاء فيه: "... يسري نفس الحكم على حالات البطلان والإخلالات الشكلية والمسطرية التي لا يقبلها القاضي إلا إذا كانت مصالح الأطراف قد تضررت"[988]، وبالتالي فالمبرر المعتبر للقول ببطلان التبليغ هو وجود الضرر من عدمه الذي قد يصيب المبلغ إليه، وذلك تماشيا كذلك مع المبدأ العام المقرر في القانون الاجرائي لا بطلان بدون ضرر[989].

وإذا ما قد أصاب المسطرة خلل إجرائي بسيط غير ذي تأثير، وغير ذي ضرر واضح على مصلحة المبلغ إليه، فإن المسطرة تستمر دون إمكانية الاستجابة لطلب البطلان الأمر الذي يجد سنده في حكم للمحكمة التجارية بمكناس جاء فيه: " وحيث إن كان ما نعته المدعية بخصوص تبليغ الإنذار العقاري لا ينبني على أساس طالما أنه تم بموطنها بواسطة أحد أقرابها وهو ابنها في انسجام مع مقتضيات الفصل 38 من ق.م.م ولا يضر كلمة مكناس على جانب عنوانها الكائن بالحاجب التابع ترابها لولاية مكناس، فإن شروط صحة هذا الإنذار وإمكانية إنتاجه لأثاره أن يكون المدين الموجه له في حالة مطل في أداء ما بذمته لفائدة الدائن المرتهن[990].

وفي نفس السياق جاء قرار آخر لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء ما يلي: "حيث إنه بخصوص ما تمسك به المستأنف عليه اكتفى بتبليغه بنسخة من الإنذار العقاري دون أن يتم إرفاقها بالطلب أو المقال الصادر عنه والرامي إلى تبليغ الإنذار العقاري دون أن يتم ذلك بواسطة غلاف التبليغ يحمل البيانات الضرورية الملزمة وفق أحكام الفصل 38 من ق.م.م، وأن المادتين 215 و216 م.ح.ع التزمتا بصدور الإنذار من الدائن المرتهن موقعا من طرفه ومتضمنا لجميع الشروط المنصوص عليها بالفصلين المذكورين، فإن الثابت من شهادة التسليم المتعلقة بملف التبليغ وتنفيذ إنذار عقاري بمثابة حجز عقاري عدد... المؤرخ في 2014/07/31

وحيث أنه وتبعا لما سبق أن يكون المدعي محقا في طلبه مما يتعين معه التصريح بإبطال إجراءات التبليغ موضوع الملف عدد 2000/1/078.

_حكم عدد 3955 بتاريخ 2002/10/09 في الملف عدد 2002/1/03، غ.م.

[988]- رضوان الطيبي: "الطعن في إجراءات الإنذار العقاري"، سلسلة المنازعات العقارية، الجزء الثاني، السنة 2014، ص: 81/80.

[989]- مصطفى المرضي: "الحماية القانونية للمدين عند تنفيذ الإنذار العقاري وحماية الطرف الضعيف"، مطبعة الأمنية، الرباط طبعة 2013، ص: 106.

[990]- حكم المحكمة التجارية بمكناس رقم 853 بتاريخ 2009/10/22 ملف رقم 2009/904، أورده مصطفى المردي: "الحماية القانونية للمدين عند تنفيذ الإنذار العقاري"، م.س، ص: 108.

والموقعة من طرف المستأنف أن توصل وبصفة شخصية بالإنذار العقاري وذلك بتاريخ 2014/8/5 و أنه بالاطلاع على الإنذار العقاري تبين بأنه باسم المالك المقيد واسم الملك المرهون وموقعه ومساحته ومشتملاته ورقم رسمه العقاري، وبذلك يكون ما تمسك به المستأنف بهذا الخصوص غير مرتكز على أساس[991].

وبما أن التبليغ من النظام العام، وتبعا له يجب على القاضي أن يثيره تلقائيا، ولو لم يتمسك به صاحب المصلحة، وهو خلاف ما ذهب إليه المشرع المصري بحيث جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية في أحد أحكامها إلى التأكيد على ما يلي:" إن المادة 615 من قانون المر افعات السابق والتي تقابلها المادة 401 من القانون الحالي وإن أوجبت إعلان المدين تنبيه نزع الملكية لشخصه أو في موطنه ورتبت البطلان على مخالفة ذلك إلا أن هذا البطلان وعلى ما يرى به قضاء محكمة النقض غير متعلق بالنظام العام و إنما شرع لمصلحة المدين وحده[992].

ومن كل ما سبق نجد المجلس الأعلى سابقا محكمة النقض حاليا كان له توجه آخر ولم يكن يأخذ بمعيار تحقق ضرر من البطلان، حيث رد على الوسيلة المتخذة من خرق المقتضيات الفصل 63 من ق.م.م من كون الخبير لم يقم بإخبار الطاعن بموعد الخبرة حتى يتسنى له تهيئ وسائل دفاعه بقوله: " لكن حيث إنه إذا كانت العبرة من الدفع بخرق الخبير مقتضيات الفصل 63 من ق.م.م يكمن في مدى احترام هذا الأخير لمقتضيات قانونية آمرة فإن مناط هذا الدفع والتمسك به هو المصلحة والثابت أن الطاعن حضر عملية الخبرة وأدلى بتصريحاته أمام الخبير دون أي تحفظ وهو ما يجعل مصلحته في إتارة هذا الدفع منتفية مادامت الغاية من احترام مقتضيات الفصل المذكور قد تحققت[993].

ومن المنازعات التي يمكن أن تثار بهذا الشأن ألا وهي المنازعة في السند التنفيذي في الحالة التي يكون فيها تنفيذ ذلك السند معلقا على إجراء معين أو تحقق شرط ما كآداء اليمين، أو تقديم ضمان، وبالتالي فالتنفيذ هنا غير ممكن ولا يمكن أن يتحقق إلا بتحقق ذلك الإجراء أو

---

[991]- قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 6096 الصادر بتاريخ 30/11/2015 في الملف رقم 5120/8134/2015 غ.م.

[992]- حكم صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 10 يناير 1978 في الطعن رقم 13 لسنة 42 ق.

[993]- قرار المجلس الأعلى – محكمة النقض حاليا-عدد 3031 الصادر بتاريخ 09/06/1999 ملف مدني عدد 545/94 أوردته حنان بن لمين: "إشكاليات التبليغ – دراسة عملية –"، بحث نهاية التمرين بالمعهد العالي للقضاء الرباط سنة 2013/2011. ص: 75.



حصول ذلك الشرط عملا بمقتضيات الفصل 444[994] من ق.م.م، وعلى هذا الأساس فإذا ما بوشرت إجراءات الحجز العقاري ضد المدين قبل أن يتحقق ذلك الشرط الذي علق عليه التنفيذ، فإن الإجراءات المذكورة تعد باطلة ومن ثم حق للمحجوز عليه أن يطعن بناء على ما سبق فيها بالبطلان[995].

وعلى هذا الأمر سيرا في نفس المنحى، جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بمراكش "... إن الأحكام الصادرة في نطاق الدعوى المدنية التابعة تكون خاضعة من حيث التبليغ والتنفيذ لقواعد المسطرة المدنية، وحيث أنه قبل إجراءات التنفيذ يتعين أولا تبليغ الحكم للمحكوم عليه طبقا للفصل 433 م.م.

وحيث بناء عليه تكون المحكمة جانبت الصواب لما اعتبرت أن الحكم أصبح قابلا للتنفيذ بمجرد عدم قابليته للطعون العادية، لذا وجب إلغاء الحكم المستأنف والحكم من جديد ببطلان إجراءات التنفيذ الواقعة في الملف التنفيذ عدد 98/622 بتاريخ 21/10/98[996].

ترتيبا على كل ما سبق، أمكننا القول بأن إجراءات الإنذار العقاري بكل جوانبها المسطرية كانت أو الموضوعية لها مساس بمسطرة التنفيذ، الأمر الذي يستلزم إيقاف التنفيذ فيها إلى حين النظر في النزاع من غير القول بسقوط الحق المنازع فيه، وهو غيره في الدعوى المقامة على الحق موضوع التنفيذ والذي يستهدف الدعوى من ورائها إسقاط ذلك الحق كليا.

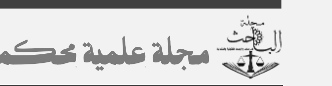
ثانيا: بطلان الإنذار العقاري لخلل موضوعي.

إن الغاية من كل ما سبق تفصيله، ومنها مسطرة التنفيذ منح الدائن المرتهن في مجالنا هذا إلى ضمان حقه بالوسائل القانونية المشروعة والمتمثلة في استرداد دينه عند حلول الأجل المتفق عليه في عقد الرهن، إلا أن الأمر قد تعتريه بعض المنازعات إما شكليه وهو الأمر الذي تطرقنا إليه سلفا، كما يمكن أن تنازعه أسباب موضوعية كادعاء بأن الذين المطالب به قد

994- جاء في الفصل 444 من ق.م.م: " إذا كان التنفيذ معلقا على تأدية يمين أو تقديم ضمان من قبل الدائن فلا يبدأ قبل إثبات القيام بذلك".

995- هدى بوينفيف: "دعوى بطلان إجراءات الحجز التنفيذي العقاري"، م.س، ص: 12/11.

996- قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش عدد 2071 صادر بتاريخ 29/06/2000 في الملف عدد 04/99 أورده يونس الزهري: "الحجز التنفيذي على العقار في القانون المغربي"، مطبعة الوراقة الوطنية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، ص: 146.



TEL + 212 771394949 www.allbahit.com Majalatlbahit2017@gmail.com

انقضى، أو أن الدين المضمن بالإنذار قيمته غير قيمة الدين الحقيقية وهو ما يعرف بالمنازعة في المديونية (أ) وقد يكون الطعن ينبني على بطلان عقده الرهن (ب).

أ/ المنازعة في المديونية:

انقضاء الدين أو بالأحرى المنازعة في المديونية، هو قيام المنفذ عليه بالطعن في الإنذار العقاري مدعيا أن الدين الذي كان بذمته قد انقضى، وبالتالي غاية المنفذ عليه هنا هي بطلان ذلك الإنذار لأن موضوعه غير مبني على أساس قانوني، لأن المنطق القانوني لا يحكم على المدين بالأداء مرتين لذات الدين[997].

ومناط الطعن هنا قد لا يقتصر على سبب واحد من الأسباب العامة لانقضاء الالتزامات حسب ما هو مذكور بالفصل 319[998] من ظ.ل.ع، وإنما قد يتقرر على الإبراء الاختياري، أو المقاصة، أو اتحاد الذمة، ويخرج من الذي ذكر التقادم بحكم القانون، والذي أقر أنه لا محل للتقادم في الديون المضمونة برهن رسمي طبقا للفصل 377[999] من ظ.ل.ع، الأمر الذي أكده قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء جاء فيه: "وحيث أنه ما دام أن المستأنف عليهما اثبتا قيامهما ببراءة ذمتهما من الدين المتبقي بعد إيداع المبلغ المذكور لفائدة الطاعنة بصندوق المحكمة فإنه لم يبقى مبرر لتوجيه أي إنذار ويكون بذلك الاستمرار في مسطرة تحقيق الرهن غير ذات جدوى الأمر الذي يتعين معه أمام هذا الوضع أن الاستئناف غير جدير بالاعتبار ويتعين رده والحكم المستأنف مصادف للصواب ويتعين تأييده وتحميل الطاعنة الصائر[1000].

ومع ذلك نلاحظ أن المادة 212 من م.ح.ع، قد أوردت بعض الأسباب الأخرى في القواعد العامة تضاف إلى التي في الفصل 319 من ظ.ل.ع، ومنها انقضاء الرهن بالوفاء، أو برفع يد الدائن المرتهن عن الرهن، أو بهلاك الملك المرهون كليا، أو باتحاد الذمة، وعلى هذا الأساس يلاحظ وجود اختلاف بين النصيين، ليطرح السؤال: هل ما ذكره المشرع في المادة السالفة الذكر على سبيل الحصر وبالتالي أمكننا استبعاد مقتضيات الفصل 319 من ض.ل.ع الذي أضاف التجديد

---

[997]- يونس الزهري: م.س، ص: 167.

[998]- جاء في الفصل 319 من ظ.ل.ع على ما يلي: " تنقضي الالتزامات بما يلي: 1) الوفاء 2) استحالة التنفيذ 3) الإبراء الاختياري 4) التجديد 5) المقاصة 6) اتحاد الذمة 7) التقادم 8) الإقالة الاختيارية"

[999]- ينص الفصل 377 من ض.ل.ع على ما يلي: لا محل للتقادم إذا كان الالتزام مضمونا برهن حيازي او برهن بدون حيازة أو برهن رسمي".

[1000]- تنص المادة 212 من م.ح.ع: " ينقضي الرهن في الحالات الآتية:

- بالوفاء – برفع يد الدائن المرتهن عن الرهن – بهلاك الملك المرهون هلاكا كليا – باتحاد الذمة".



والمقاصة؟ أم أن الفصل 319 دائما يبقى نص عام يمكننا الرجوع إليه في حالة غياب نص خاص؟

نرى فيما نعتقد من رأي، أن القول بالانقضاء هذا، سواء بني على سبب من الأسباب الواردة في النص العام الفصل 319 من ض.ل.ع، أو في النص الخاص المادة 212 من م.ح.ع كان للطرف المعني الحق ببطلان ذلك الإنذار، وبناء على أي سبب كان، بأن وجود هذا الأخير وجوده من وجود ذلك الدين، وبالتالي إذا ما انقضى ذلك الدين لأي سبب كان فلا محل هنا للحديث عن بقاء الإنذار العقاري، وبالتبعية فالمحكمة كذلك إذا ما ظهر لها من و اقع الملف وجود ذلك فإنها تحكم ببطلانه بناء على انعدام السبب الذي يقوم عليه، فقد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء ما يلي: "حيث أن الثابت أيضا أن الدين موضوع الإنذار العقاري تم أداء المتبقي منه من طرف الطاعنتين بواسطة شيك بمبلغ 850.000 درهم مسحوب على الشركة العامة المغربية للأبناك وهو ما تؤكده الشهادة الصادرة عن هذه الأخيرة بتاريخ 2002/05/02 والتي تقيد استخلاص المستأنف عليه لقيمة الشيك بتاريخ 1995/11/22.

وحيث أن هذه الو اقعة أكدها الحكم الصادر عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2003/07/08 في الملف عدد 03/2152 والذي قضى بانقضاء الرهن المنصب على الرسمين العقاريين عدد 1/153379 و1/53380 بمقتضى عقد البيع والقرض المؤرخ في 1992/06/17 تحت عدد 6/741982، والحكم تبعا لذلك على المدعى عليه بتسليم المدعين رفع اليد عن الرهن المذكور مع الإذن للسيد المحافظ على الأملاك العقارية بالدار البيضاء انفا بالتشطيب عليه من الرسميين العقاريين 1/53379 و1/53380.

وحيث أنه اعتبارا لكون الطاعنين أثناء انقضاء الدين بالوفاء يبقى ما ذهب إليه الحكم المستأنف غير مصادق للصواب ويتعين إلغاؤه والتصريح ببطلان الإنذار العقاري الموجه بتاريخ 2002/04/12 في الملف عدد 2002/366 المنصب على الرسم عدد 1/53380[1001].

وفي سبيل إثبات المدعى عليه بأداء ما عليه من دين تعتمد المحكمة في ذلك على الكشوفات الحسابية[1002]، التي هي وسيلة إثبات فيما بين المؤسسات وزبنائها، وبالتالي إذا ما أدلى

[1001]- قرار عدد 2004/1122 بتاريخ 2004/04/06 في الملف عدد 14/203/1234. غ.م.

[1002]- ينص الفصل 106 من القانون المنظم لنشاط مؤسسات القرض والائتمان الصادر بتاريخ 1993/07/06 على أن كشوفات الحسابات التي تعدها مؤسسات الائتمان وفق الكيفية التي يحددها والي بنك المغرب بعد موافقة لجنة مؤسسة

هذا الزبون بالكشوفات الحسابية المثبتة للأداء وبشكل منتظم فإن الأمر يقتضي بعدم إجراء لأي خبرة حول المديونية، وعلى هذا الأساس قضت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء ما يلي: " حيث أنه بخصوص ما عابه المستأنف على الحكم من كونه لم يستجب لطلب إجراء خبرة حسابية رغم أنه دفع بكونه قام بأداء مبلغ الدين فإن كل ذلك مردود، على اعتبار أن القرض العقاري والسياحي أدلى بكشوف حسابية مستخرجة من الدفاتر التجارية تؤكد مديونية المستأنف ومن المعلوم أن هذه الكشوف لها حجية طبقا للفصل 106 من ظهير 6-71-1993 المتعلق بمؤسسات الائتمان و أنه وإن كانت القرينة المذكورة أعلاه بسيطة فإن الفصل المذكور جعل عبئ إثبات ما يخالفها على عاتق المستأنف[1003].

والسؤال الذي يفرض نفسه، هو هل يحق للدائن توجيه الدائن إنذار عقاري بالرغم من أن المدين قد أدى جزء من الدين؟ وهل لهذا الأخير أن ينازع في ذلك بالدفع ببطلانه على اعتبار أنه أدى جزء من الدين؟

ذهب بعض الفقه[1004] و أقر صراحة بأن الأمر هذا لا يعد سببا كافيا للمنازعة في الإنذار العقاري، حتى ولو كان المتبقي من الدين يسيرا، وبالتالي عدم المساس كذلك بمبدأ من مبادئ الرهن الرسمي وهو عدم قابليته للتجزئة، و انسجاما كذلك مع القاعدة الفقهية القائلة: "الكل بالكل والكل بالجزء"، كل ذلك يصب في نقضه واحدة أساسها المادة 166 من م.ح.ع[1005]، وعلى هذا الأساس أن كل جزء من العقار المرهون فهو ضمان لكل الدين، وبمعنى آخر الوفاء الجزئي هذا المتحدث عنه لا يمكن أن يبرر رفع الرهن بصفة جزئية، فكل جزء من الدين مضمون بكل العقار الو اقع عليه.

هذا الطرح يزكيه قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء جاء فيه: " وحيث أن الإنذار العقاري جاء سليما لكافة الشروط والإجراءات الشكلية المتطلبة قانونا وأن المستأنف بصفته دائن مرتهن ومستوفيا لكافة الشروط والإجراءات الشكلية المتطلبة قانونا وأن

الائتمان تعتمد في الميدان القضائي باعتبارها وسائل إثبات بين المؤسسات وعملائها من التجار في المنازعات التي تنشأ فيما بينهم إلى أن يثبت ما يخالف ذلك.
وهو نفس الأمر الذي جاءت به كذلك المادة 496 من مدونة التجارة المغربية جاء فيها: " يبين كشف الحساب بشكل ظاهر سعر الفوائد والعمولات ومبلغها وكيفية احتسابها" وهذا يعني أن المؤسسة البنكية تتقاضى عمولات عن مسكها للحساب بالاطلاع وذلك إلى جانب الفوائد.
[1003]- قرار عدد 2004/560 صادر بتاريخ 2004/02/19 في الملف عدد 19/2003/2184 غ.م.
[1004]- مصطفى جدوع كريم السعد: م.س، ص: 20.
[1005]- تنص المادة 166 من م.ح.ع على ما يلي: " الرهن الرسمي لا يتجزأ ويبقى بأكمله على العقارات المرهونة، على كل واحد وكل جزء منها".

المستأنف بصفته دائن مرتهن حائزعلى شهادة التقييد الخاصة يجوزله سلوك مسطرة تحقيق الرهن عبر توجيه إنذار للمدين المتوقف قصد حثه على تسوية دينه داخل أجل محدد وإلا ثم بيع العقار بالمزاد العلني واستيفاء الدين المضمون من منتوج البيع فضلا على أن وجود الدين في حد ذاته وبغض النظر عن حجمه كان مبرر لسلوك مسطرة تحقيق الرهن على اعتبار أن المدين ملزم لسداد كل الدين وليس جزءا منه فقط وأن كل جزء من العقار المرهون هو ضامن لكل الدين وأن كل جزء من الدين مهما كان هو مضمون بالعقار المرهون عملا بقاعدة عدم تجزئة الرهن[1006].

بالإضافة إلى كل ما ذكر، وعندما لا يعدد المشرع المغربي لأسباب الطعن في الإنذار العقاري، فهل يشكل المنازعة في قيمة المديونية سببا لطلب بطلان هذا الإنذار نظرا لوجود فرق بين مبلغ الدين المتبقي للمدين وبين المبلغ المضمن في الإنذار العقاري؟

من المستقر عليه في العمل القضائي أن المنازعة يجب ان تكون مبنية على أسباب جدية، والجدية في مقامنا نحن يجب أن تكون في سبب الدين جديا، وبالتالي غير مجدي الاكتفاء بالمنازعة في الدين دونما ادعاء البراءة الكلية منه، وتبعا لذلك فالدائن يحق له أن يطلب بيع العقار المرهون ونزع ملكيته عندما يمتنع المدين الراهن عن الأداء، فالرهن العقاري يبقى بكامله على العقار المخصص له إلى حين أداء مبلغ الدين المضمون بكامله، وقد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بمراكش ما يلي: " حيث أن منازعة المستأنفة في مبلغ الدين لا تعدوا أن تكون بدورها سببا من أسباب بطلان الإنذار العقاري باعتبار أن الرهن الرسمي يخول للدائن المرتهن بيع العقار في حالة عدم دفع المدين للدين باستحقاقه له عن طريق نزع الملكية الجبري وحق تتبع العقار في أي يد كان وذلك في حدود المبلغ المكفول[1007].

[1006]- قرار صادر عن المحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 2274، الصادر بتاريخ 2016/04/07 في الملف رقم 2013/8232/1421 غ.م.

[1007]- قرار عدد 340 بتاريخ 2004/03/30 في الملف 2003/12/556 غ.م.

كما قضت محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بما يلي: "... أن المستقر عليه فقها وقضاء أن من بين ما يمكن أن يؤثر على صحة هذا السند التنفيذي هو الاداء الكلي لمبلغ الدين وأنه لا تأثير للأداء الجزئي عليه.

وحيث أن الطاعن لم يدل لحد الآن بما يفيد أداءه للدين السالف بذمته والذي على إثره منح للمستأنف عليه القرض العقاري والسياحي وهنا من الدرجة الأولى على ملكه المسمى هومولاند 8 موضوع الرسم العقاري عدد 46/423 الكائن بالدار البيضاء حي كوتي شارع الراشدي المتعلق بالإنذار العقاري موضوع هذه الدعوى وحيث مادام المستأنف لم يف بالدين بأكمله فإن منازعة في الإنذار العقاري الذي توصل به من طرف المستأنف عليها لا تقوم على أساس لأن الرهن الذي منحه للمستأنف عليه لا يقبل بطبيعته التجزئة وبالتالي يبقى الرهن على كامل العقار إلى أن يتم الوفاء بما تبقى من الدين"

_ قرار عدد 2003/1291 بتاريخ 2003/04/17 في الملف 14/2002/4457. غ.م.

وجاء في قرار آخر لنفس المحكمة: " لكن حيث أن المستأنف لم يبرر طلبه بما ثبت أداء ما بذمته من ديون للمستأنف عليها خاصة وأن هذه الأخيرة تتوفر على امتياز على عقارات المستأنف وأن المسطرة التي سلكتها بهذا الخصوص تعتبر مسطرة

من كل ما سبق بيانه، فإن لبعض المحاكم موقف آخر غير الذي ذكر آنفا، قائلا بأن المنازعة في المديونية إنما هو دعوى في المحاسبة لا المطالبة بدعوى بطلان الإنذار العقاري، جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بمراكش ما يلي: "... إن الحكم المستأنف الذي قضى برفض الطلب استنادا إلى ما استقر عليه القضاء من أن مجرد المنازعة في الدين ليست سبيلا لبطلان الإنذار العقاري وأن البطلان يتحقق في حالة ثبوت منازعة في التبليغ وشكلياته دون المديونية التي يمكن أن تكون محل دعوى مستقلة بالمحاسبة كان على أساس مما يتعين معه التصريح بتأييده"[1008].

وإذا ما نظرنا إلى هذه التوجهات المختلفة للفقه والقضاء حول مدى اعتبار عقد الدين سببا للمنازعة فيه، وبالتالي رفع دعوى البطلان، فالسؤال المطروح بناء على ذلك، هل لهذه المنازعة أن تكون سببا لإيقاف إجراءات التنفيذ إلى حين تحديد مبلغ الدين أم الأمر على خلاف ذلك؟

الإجابة على هذا السؤال كذلك عرف اختلافا بدوره على مستوى العمل القضائي بخصوص أثر المنازعة في مقدار المديونية إلى بروز ثلاث مواقف قضائية[1009]، بحيث ذهب الاتجاه الأول إلى القول أن مجرد رفع دعوى المنازعة في الدين يتم بمقتضاه إيقاف إجراءات التنفيذ، فقد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بمراكش ما يلي: "حيث تبين للمحكمة بعد دراستها لوقائع النازلة ومستنداتها أن المستأنف ينازع في الدين المترتب في ذمته والذي بسببه أوقع حجزا على العقار المطلوب بإيقاف إجراءات التنفيذ، وإن أدلى بنسخة حكم تمهيدي صادر بتاريخ

خاصة لا يمكن إفراغها من محتواها بمجرد ادعاءات غير ثابتة بأسباب جدية لإثبات المنازعة المزعومة في الدين مما يتعين معه التصريح برد استئنافه وبالتالي بتأييد الأمر المستأنف".

_قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش عدد 792 بتاريخ 2003/07/15 في الملف عدد 2003/2/421 غ.م.

وجاء كذلك في قرار آخر: أنه بمقتضى الفصل 204 من ظ.ت.ع فإن الدائن المحرز على شهادة التسجيل مسلمة له من طرف المحافظ على الأملاك العقارية يملكه أن يطلب إجراء البيع عند عدم الإداء في إبانه عن طريق النزع الإجباري لملكية العقار الذي سحب الدائن حقه عليه وما دام أن الدائن هنا بيده هذه الشهادة وما دام المستأنف لم يثبت أنه أدى الدين فإن كل ما اعتمده لتبرير الاستئناف يبقى غير مؤثر والأمر المستأنف أجاب عن دفوعاته مما فيه كفاية وبالتالي فإنه يتعين رد الاستئناف وتأييد الأمر المستأنف".

_قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش عدد 341 بتاريخ 2001/08/08 في الملف عدد 2001/229 غ.م.

[1008]- قرار عدد 746 بتاريخ 2003/7/1 في الملف عدد 2003/12/419 غ.م.

في نفس الاتجاه جاء في قرار آخر: " لكن حيث أن الحكم المستأنف عندما قضى برفض طلب الطاعن بعلة أن المنازعة في الدين لا تخول إبطال الإنذار العقاري الذي ينتج أثره باعتباره سندا تنفيذيا طبقا للفصل 204 من ظهير التحفيظ العقاري 1915/6/2 علما بأن المدعين أدليا بتقرير خبرة يفيد أن المديونية قائمة في حدود مبلغ 21،19325 درهم وأن اختلاف الدين بين ما ضمن في الإنذار العقاري وما توصل إليه الحكم لا تؤدي إلى بطلان الإنذار العقاري يكون مرتكز على أساس ولم يكن مجحفا في حق المستأنف ما دام لم يثبت براءة ذمته من الدين كاملا وبذلك يبقى الإنذار العقاري ساري المفعول مما يتعين معه التصريح بتأييد الحكم المستأنف.

قرار محكمة الاستئناف بمراكش عدد 446 بتاريخ 2003/04/29 في الملف عدد 2002/5/1368 غ.م.

[1009]- يونس الزهري: م.س، الجزء الثاني، ص: 173/172.

94/7/18 في الملف المدني عدد 93/414 عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء عين السبع حي المحمدي وإن هذا الحكم قضى بإجراء خبرة لتحديد الدين الذي على المستأنف.

وحيث أنه تبين من الحكم المذكور أعلاه أن الدين منازع فيه ولا زال لم يحدد بعد.

وحيث أنه بالنظر إلى ذلك فإنه يتعين إيقاف إجراءات التنفيذ إلى حين صيرورة الدين محدد، لذا يكون الأمر المستأنف في غير محله ويتعين إلغاؤه والحكم من جديد بإيقاف إجراءات التنفيذ[1010]، في حين ذهب اتجاه ثان إلى أن الإيقاف المعتبر في إيقاف إجراءات التنفيذ هي عندما تكون المنازعة جدية في الدين، فقد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بمراكش: " لكن حيث أنه بالرجوع لوثائق الملف يتضح أن المستأنف ينازع في مبلغ الدين المطالب به وقد التجأ إلى المحكمة المختصة للمطالبة بإجراء محاسبة وتحديد المديونية الشيء الذي يجعل طلب إيقاف إجراءات التنفيذ إلى حين البت في دعوى المحاسبة، له ما يبرره ويتعين الاستجابة له بعد إلغاء الأمر المستأنف الذي قضى بعكس ذلك دون تعليل مقبول[1011].

بينما ذهب اتجاه ثالث إلى القول بأن شهادة التقييد الخاصة القائم عليها الإنذار العقاري تجعل المنازعة غير كافية لإيقاف إجراءات التنفيذ، فقد جاء في أمر لرئيس المحكمة الابتدائية بمراكش" حيث أن الطلب يرمي إلى تأجيل بيع العقار موضوع ملف التنفيذ عدد 98/374 لكون المدعي قد طعن في الإنذار العقاري الموجه إليه من طرف الدائن لعدم تحديد مبلغ الدين وحيث يظهر من الاضطلاع على ظاهر مستندات الملف أن المدعي لا ينكر المديونية كليا و إنما ينازع في مقدارها ويعترف لأن ذمته عامرة بمبلغ 241591.22 درهم.

وحيث أن عدم الوفاء ولو جزئيا يخول للدائن بيع العقار المرهون لاستيفاء دينه، الأمر الذي يكون معه الطلب الرامي إلى تأجيل البيع غير مبرر ويتعين رفضه".

وفي كل الأحوال فإن عدم أداء المدين للدين العالق بذمته وقيامه برفع دعوة البطلان فإنه لا أساس لهذه الأخيرة ولا تقبل منه وهذا ما أكدته المحكمة التجارية بالدار البيضاء: "وحيث أن السبب الثاني المتعلق بالمنازعة في المديونية فإن المدعيتين لم تدليا لهذه المحكمة بما يفيد أداء الشركة المكفولة ... نقل لأقساط عقد القرض الايجاري الذي تمت كفالة الدين الناتج عنه من طرفهما بمقتضى العقار ذي الرسم العقاري عدد ... الذي هو موضوع الحجز التنفيذي

[1010]- قرار محكمة الاستئناف بمراكش عدد 4040 بتاريخ 1996/11/04 في الملف عدد 3228 غ.م.
[1011]- قرار محكمة الاستئناف بمراكش عدد 45841 بتاريخ 1999/12/20 في الملف عدد 18/4974 غ.م.

العقاري المراد إبطاله خاصة وأنهما أقرتا بموجب مقالهما الافتتاحي أن المكفولة توقفت عن أداء أقساط القرض الإيجاري لفائدة المدعى عليها، بحيث أن منازعتهما في مديونية الشركة المكفولة ظلت مجردة من كل إثبات والحال أن المنازعة المدين في المديونية تتحقق عندما يدلى الطاعن في الإنذار بما يفيد أداء جميع الدين المضمون بالرهن وفي غياب ذلك يكون هذا السبب بدوره غير مؤسس[1012].

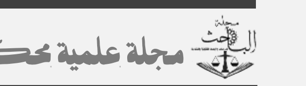
ومن الأسباب كذلك التي تعطي للمدين الحق برفع دعوى البطلان أن يكون دعواه هاته مبنية على أن قيمة العقار المرهون أقل بكثير من قيمة الدين وبالتالي أمكنه رفع دعواه، هذا الأمر تطرقت إليه المحكمة التجارية بوجدة جاء في حكمها ما يلي: " حيث أن المنازعة في المديونية المطالب بها من طرف البنك المدعى عليه من الإنذار العقاري لا تشكل سببا لإيقاف إجراءات الإنذار العقاري على اعتبار أن الدائن المرتهن ... محق في المطالبة بتحقيق الرهن مهما كان الجزء من الدين غير المؤدى مادام أن المدعية لم تثبت أنها قد وفت بالدين موضوع الرهن وأن المدعية لا تتمسك بأداء الدين المطالب به و إنما ركزت طلبها على كون أن قيمة العقار الحقيقية تستغرق الدين بكثير، في حين أن إبطال الإنذار العقاري يتعين أن يرتكز على انقضاء المديونية أو بطلان إجراءات التبليغ[1013].

ثانيا: بطلان الإنذار العقاري لخلل موضوعي.

إذا ما تعددت الأسباب الشكلية والتي بمقتضاها يمكن للمدين الطعن ببطلان الإنذار العقاري، فقد تكون هناك أسبابا موضوعية كذلك تهدف إلى نفس الغاية لسابقتها، ومنها المنازعة في عقد الرهن وصحته، هذا الأخير من المعلوم أن مثله مثل باقي العقود الأخرى كان لازما أن ينهض صحيحا مستوفيا لكافة أركانه وشروط صحته لكي يرتب آثاره القانونية للتي هي في سائر التصرفات القانونية، وقيامه مشروط بشروط متطلبة في سائر التصرفات القانونية، وفي مقامنا هذا في عقد الرهن كان لازما أن تتوفر فيه هو كذلك الأركان والشروط الخاصة المنصوص عليها في مدونة الحقوق العينية، ومنها الكتابة المحددة قانونا، وكذلك البيانات المتطلبة في عقد الرهن، وما يستتبع ذلك من تقييد ذلك بالرسم العقاري، إلى غير ذلك من الشروط.

1012- حكم صادر عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء عدد 687 الصادر بتاريخ 2015/12/03 في الملف رقم 2015/8213/6603 غ.م.

1013- حكم صادر عن المحكمة التجارية بوجدة عدد 120 الصادر بتاريخ 2016/01/07 في الملف رقم 8213/2015/588 (غير.م) أوردته هاجر منبوي: م.س، ص: 66.



وأمام ما سبق قد يتخلف أحد أركان عقد الرهن أو شروط صحته، جاز لصاحب المصلحة أن يرفع دعوى رامية إلى بطلان الإنذار العقاري، وإذا ما قبل ذلك الطعن ببطلان عقد الرهن فتبعا لذلك وكنتيجة له، يطلب التشطيب على ذلك الرهن من الرسم العقاري المعني مع تحلله من الدين، لأن التابع تابع، وكذا الفرع يتبع الأصل وجودا وعدما، وبناء على ذلك فالأصل هنا هو العقد، بطلانه يبطل الدين ذاته.

وفي هذا المنحى جاء في أمر صادر عن رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء ما يلي: "حيث إن الطلب يرمي إلى التشطيب على الإنذار العقاري المسجل على الرسم العقاري عدد... مع أمر المحافظ على الأملاك العقارية بتقييد الأمر القضائي بالصك العقاري.

وحيث عززت الطالبة مقالها برفع اليد عن الإنذار العقاري مسلم لها من البنك، وحيث إن تسليم الدائن لرفع اليد عن الإنذار العقاري للمدين يجعل هذا الأخير غير مبرر ويتعين التشطيب عليه[1014].

وتتعدد الحالات لمثل هذا الطعن، فيمكن أن يكون الطعن مبني على أن مبرم العقد قاصرا[1015]، أو من طرف غير ذي صفة كما في الشخص الاعتباري عندما يتم إبرام عقد الرهن من غير الشخص المخول له إبرام العقد[1016]، أو النائب الشرعي وقد أقدم على تصرف ضارا[1017]

1014- أمر صادر عن رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء رقم 05/1/3642 في الأمر عدد 05/4991 الصادر بتاريخ 2005/10/15 (غ.م).

1015- ينص الفصل 1171 من ظ.ل.ع على ما يلي: " لإنشاء الرهن الحيازي يلزم توفر أهلية التصرف بعوض في الشيء المرهون".

1016- جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بمراكش: "... أنه وخلافا لما تمسكت به المستأنفة فإن الفصل 25 من عقد الشركة الموقع عليها من طرفها والذي بمقتضاه عين المستأنف عليه كمسير وحيد للشركة يخوله حق قبض القروض وإقامة الرهون بموجب ثلاثة أرباع أصوات الرأسمال الاجتماعي للشركة.

وحيث أن المسير يتوفر على 70% من نسبة أسهم الشركة منها 60% له و20% لبنته القاصرة والذي له حق التصرف في أموالها طباق لأحكام الفصل 149 من مدونة الأحوال الشخصية.

وحيث أن المستأنفة لا صفة لها للتمسك بدفوع غير مقررة لها وأن مصلحة المحجوزة لا تخصها ولا صفة لها في إثارة الدفوع الخاصة بها".

_قرار عدد 674 بتاريخ 2001/02/22 في الملف عدد 824-2000 غ.م.

1017- جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بمراكش:" لقد ثبت صدق مانعته الوسيلة ذلك أن (...) بصفتها النائبة عن محجوزها المستأنف لما كان قاصرا بادرت إلى إيقاع رهن من الدرجة الأولى على العقار المسمى فتح ذي الصك العقاري 04/55129 ضمانا لدين استيفاء منه الممثل القانوني لشركة ترافال انترناسيونال فهو عمل من أعمال التبرع بمال القاصر واستنادا إلى أحكام المادة 125 من ظ.ل.ع. فإن التصرفات التي يقوم بها الحاجز أو النائب القانوني لا يرتب أثرها القانوني إذا كانت مبنية أساسا على أساس التبرعات المحضة ولو أجريت مع الإذن الذي يتطلبه القانون وتبعا لذلك فالحكم جانب الصواب كما قضى برفض طلب الطاعنة مما ينبغي إلغاؤه من جديد لإبطال عقد الكفالة بالتبعية إبطال عقد الرهن الحقيقي على الصك. ع.أ 04/55129".

- قرار عدد 1383 بتاريخ 2003/04/24 في الملف عدد 2002/1/705 غ.م.

بالقاصر من غير مراعات لمصلحته في هذا التصرف، أي تصرف ضارا به ضررا محضا بالقاصر، أو أن التصرف الذي قام به النائب الشرعي يتطلب بداية الإذن من القاضي في ذلك.

ومن الحالات التي يمكن كذلك الاستناد عليها في دعوى بطلان عقد الرهن وتو ابعه، هي مسألة ادعاء المدين بجهله للغة التي حرربها العقد، فقد جاء في قرارلمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء ما يلي:" وحيث إن البين من إطلاع المحكمة على عقد الاعتراف بدين ومنح رهن أنه تضمن كون الطاعنة تسلمت مبلغ 360.000 ألف درهم من المستأنف عليه قبل إبرام العقد المذكوروإنها و افقت بعد قراءة بنوده عليها من طرف الموثق على تحريره باللغة الفرنسية مبرزة بقولها المشارإليه الموثق من أية مسؤولية وأي قيام الطاعنة بتوقيع العقد المذكورعن الحالة التي هي عليها دليل عن ارتضاها تحريره باللغة الفرنسية، وهو التوقيع الذي يلزمها ما دام أن توقيع يبقى مناط التزام الموقع، ومن تم تبقى سائر دفوعاتها المذكورة أعلاه غير مرتكزة على أساس قانوني سليم ويتعين ردها وتأييد الحكم المستأنف[1018].

الفقرة الثانية: آجال دعوى بطلان إجراءات مسطرة التحقيق الرهن الرسمي.

في الحديث عن أي دعوى، وكيف ما كان نوعها وموضوعها، فإننا لا ننسى أنها تحكمها مجموعة من الشكليات المسطرية المتطلبة قانونا فيها، وكان لزاما على أصحابها التقيد بها تحت طائلة عدم قبولها في بعض الأحيان، ومن بين تلك الشكليات المسطرية، وفي مجالنا هذا نتحدث عن مسألة الآجال المضروبة لكل إجراء معين، ودعوى بطلان إجراءات مسطرة تقييد الرهن الرسمي مثلها مثل باقي الدعاوى، تستوجب ممارستها أن تخضع لآجال معينة، وبالرجوع إلى القواعد المسطرية في هذا الشأن، نجد أن تاريخ رفع دعوى بطلان إجراءات التنفيذ وحسب مقتضيات الفصل 484 من ق.م.م والذي تحدث على أنه يتم رفعها قبل إجراء السمسرة فقد نص الفصل المذكورعلى ما يلي: " يجب أن يقدم كل طعن بالبطلان في إجراءات الحجز العقاري بمقال مكتوب قبل السمسرة وتتبع في هذا الطعن نفس المسطرة المشار إليها في الفصل السابق المتعلقة بدعوى الاستحقاق..."

كل ما تقدم كان لزاما بسطه في الحالة التي يضطر فيها المدين إلى المنازعة في الإنذار العقاري وبالتالي المطالبة بإبطاله عندما تتوفر لهذا الأخير سبب أو مجموعة من الأسباب التي

[1018]- قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 4352 الصادر بتاريخ 2015/07/29 في الملف رقم 2015/8202/2452 غ.م.

ذكرت سابقا. لكن في بعض الأحيان قد يعتري المسطرة إشكال متعلق بملكية ذلك العقار مما يستدعي أن يتدخل الغير للحيلولة دون التنفيذ عليه وبيعه بالمزاد العلني عن طريق ما يسمى بدعوى الاستحقاق الفرعية.

فمن خلال الفصل المذكور نجد أن المشرع كان حاسما في هذا المقام ولم يترك الأمر للتأويل فيه، و أقر بالتاريخ المعتبر لرفع دعوى البطلان هذه.

هذا الأمر أقره قرار لمحكمة النقض جاء فيه: "لكن حيث إن القرار المطعون فيه قد اعتمد أساسا لقضائه بعدم قبول دعوى الطاعنة على مقتضيات الفصل 484 من ق.م.م الواجبة التطبيق في النازلة والتي توجب تقديم كل طعن بالبطلان في إجراءات الحجز العقاري قبل السمسرة و أنه يتجلى من مستندات الملف أن دعوى الطاعنة بالبطلان إنما قدمت بعد السمسرة و أنه لا مجال لتطبيق مقتضيات الفصل 441 من ق.م.م في النازلة لتعلقها فقط بسريان آجال الاستئناف أو النقض في الأحكام المبلغة إلى القيم، لذلك فإن القرار حين علل بأن الفصل 484 من ق.م.م كرس صراحة مقتضياته لحماية صحة وسلامة إجراءات الحجز واشترط حصول الطعن قبل السمسرة مهما كانت أسبابه، فإنه بهذه التحليلات يكون القرار غير خارق للفصل المشار إليه أعلاه وما بالوسيلة غير جدير بالاعتبار[1019].

وفي قرار آخر لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء جاء فيه: " حيث انه خلافا لما تمسك به الطاعن فإن مقتضيات الفصل 484 من ق.م.م صريحة في وجوب تقديم كل طعن من إجراءات الحجز العقاري قبل السمسرة، وأن الطاعن لم يتقدم بالدعوى إلا بعد وقوع السمسرة فضلا عن كونه لم يدل بما يفيد أنه بلغ عنوانه الجديد للمستأنف عليه هذا الأخير الذي باشر إجراءات التبليغ طبقا للقانون مما يكون معه ما تمسك به الطاعن غير منتج ويكون الحكم المستأنف صائبا ويتعين تأييده"[1020].

[1019]- قرار محكمة النقض عدد 3496 المؤرخ في 2004/12/1 ملف مدني عدد 2003/1/1/2469 غ.م، أورده الدكتور عمر أزوكار في كتابه العقار المحفظ بين قواعد الحجز التحفظي والإنذار العقاري، رصد لأكثر من 500 قرار لمحكمة النقض ومحاكم الموضوع ص 218/217.

[1020]- قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 2009-5582 صدر بتاريخ 2009/11/17 رقمه بمحكمة الاستئناف التجارية 14/2009/2157، غ.م أورده الدكتور عمر أزوكار، م.س.

- وفي قرار لمحكمة النقض جاء فيه: " لما كانت مسطرة الحجز العقاري بمجرد وقوعه تعرف عملية إشهار واسعة لتبليغ تاريخ البيع بالمزاد العلني للعموم بوسائل مختلفة من نشر وتعليق، فإن كل طعن بالبطلان في إجراءات الحجز العقاري يجب أن يتم قبل السمسرة عملا بمقتضيات الفصل 484 من ق.م.".
- قرار محكمة النقض عدد 268، الصادر بتاريخ 04 أبريل 2017 في الملف المدني عدد 2016/1/1/2107



مما سبق وبصورة تبعية، نطرح السؤال عن الجزاء الذي يمكن أن يترتب عن عدم تقديم الدعوى داخل الأجل المنصوص عليه في الفصل 484 من ق.م.م؟

إجابة عن هذا السؤال أمكننا القول بداية أن المشرع المغربي كان صريحا في فصله المشار إليه أعلاه، حينما أقر بضرورة تقديمها قبل إجراء السمسرة، نفس الأمر جاء به الفصل 63 من المرسوم الملكي الصادر بتاريخ 17 دجنبر 1968[1021]، والذي بعد التحديد خصص بدوره الأجل عندما ألزم الطاعن بتقديم دعواه قبل تاريخ السمسرة بثمانية أيام كاملة على الأقل تحت طائلة عدم قبول طلبه، وعكس الفصل 484 من ق.م.م الذي ذكر الأجل من غير ترتيب أي جزاء على مخالفة المقتضيات المذكورة.

ومن منطلق ذلك ذهب أحد الفقه[1022] الذي فسر مقتضيات الفصل 484 من ق.م.م، تفسيرا موسعا حينما قال بأن رفع الدعوى لا تقتصر فقط على المدة الممتدة إلى حين انعقاد السمسرة، بل الأمر يتعدا ذلك الأجل ويمتد إلى بعد رسو المزاد العلني واعتبارا إلى أن المشرع في الفصل المذكور لم يرتب أي جزاء على عدم احترام إقامة الدعوى قبل السمسرة.

وعكس الرأي الأول جاء موقف فقهي[1023] ثان قائلا بأن الدعاوى الرامية إلى بطلان إجراءات الإنذار العقاري إنما مدتها مرتبطة بالأجل المقرر لها في الفصل 484 من ق.م.م، وإذا ما انتهى هذا الأجل فلا حديث عن خلاف ما سبق من كون إمكانية رفع الدعوى بعد انعقاد السمسرة.

ومن الجدير في البحث في الخلافات الفقهية كان لازما البحث في موقف العمل القضائي الذيساير الموقف الثاني من خلال قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء جاء فيه: " حيث لما كان ثابتا من وثائق الملف أنه تم تحقيق الرهن وبيع عقار الطاعن بالمزاد العلني بتاريخ 2014/05/13 لفائدة المشترية ... التي سجلت كمالكة بالرسم العقاري فإنه لم يبقى أي مجال

[1021]- المرسوم الملكي بمثابة قانون رقم 552.67 بتاريخ 26 رمضان 1388 (17 دجنبر 1968)، يتعلق بالقرض العقاري والقرض الخاص بالبناء والقرض الفندقي.

[1022]- جاء في الفصل 63 من المرسوم الملكي ما يلي: " يضاف إلى محضر السمسرة كل من الإنذار ونظائر الجريدة المحتوية على النشرات ومحاضر إلصاق الإعلانات والإنذار المتعلق بالاطلاع على كناش التحملات والحضور في البيع وفي حالة نزاع يتعلق بتحرير كناش التحملات أو في حالة أحداث مترتبة عن صحة المسطرة أو طلب الأجل يجب على الطالب أن يحيل القضية على المحكمة قبل التاريخ المحدد للسمسرة بثمانية أيام كاملة على الأقل دون أن يؤذي ذلك إلى تأخير هذه السمسرة وإلا كان طلبه غير مقبول".

[1023]- محمد سلام: مرجع سابق، ص: 115.

للمستأنف للطعن في إجراءات الحجز العقاري والتمسك بعدم صحة الإنذار العقاري والذي هو مجرد مقدمة لإجراءات الحجز بعد استنفاذ هذه الإجراءات وإرساء المزاد العلني على المشترية المذكورة.

وتطبيقا للفصل 484 من ق.م.م التي توجب الطعن ببطلان إجراءات الحجز التنفيذي قبل السمسرة، وبما أن طعن المستأنف جاء بعد إرساء المزاد وتفويت العقار للمشترية فإنه يكون غير جدير بالاعتبار[1024].

وفي قرار آخر عن محكمة النقض جاء فيه: "لكن ردا على السبب، فإنه بمقتضى الفصل 484 من ق.م.م، وفي جميع الأحوال يجب أن يقدم كل طعن بالبطلان في إجراءات الحجز العقاري بمقال مكتوب قبل السمسرة ولذلك فإن القرار حين علل قضاءه أن "دعوى بطلان إجراءات الحجز على العقار يتعين أن تقدم تحت طائلة عدم القبول قبل السمسرة، الشيء الذي لم يفعله المستأنف"، فإنه نتيجة لما ذكر كله يكون القرار غير خارق لمقتضيات المذكورة والسبب بالتالي غير جدير بالاعتبار"[1025].

من كل ما ذكر، كان المشرع واضحا بخصوص هذه النقطة وهو أجل رفع دعوى البطلان، وبالتالي فالأجل يبتدأ من تاريخ توصل المعني بالإنذار، وكذلك منذ علم الغير به ويمتد إلى يوم السمسرة، فالدائن له الحق في البيع الجبري للعقار أو الحق العيني، ومن ناحية أخرى حق للمدين الراهن أو الكفيل العيني أو الحائز في التعرض على إجراءات مسطرة تحقيق الرهن الرسمي متى تعلق به خلل سواء مسطري أو موضوعي، وذلك للغاية الأسمى وهي الحفاظ على مصالحهم المتضررة بسبب تبليغ الإنذار العقاري[1026].

فالهدف من كل ما سبق، وغاية المشرع هي حماية المدين، ولأجل ذلك وذاك، وضع المشرع مسطرة محددة لتحقيق الرهن الرسمي من أجل الوصول إلى بيع ذلك العقار بالمزاد العلني لكيلا يتضرر في ذلك لا الدائن ولا المدين، فهما على حد سواء لازما على المشرع حمياتهما

[1024]- يونس الزهري: الجزء الثاني، م.س، ص: 152.
[1025]- قرار محكمة النقض عدد 636 المؤرخ في 2006/02/22 طرف مدني عدد 2004/1/1/4011 غ.م.
وفي قرار آخر ما يلي: " لكن ردا على السبب فإنه بمقتضى الفصل 484 من ق.م.م، وفي جميع الأحوال يجب أن يقدم كل طعن بالبطلان في إجراءات الحجز العقاري بمقال مكتوب قبل السمسرة ولذلك فإن القرار حين علل قضاءه أن دعوى بطلان إجراءات الحجز على العقار يتعين أن تقدم تحت طائلة عدم القبول قبل السمسرة الشيء الذي لم يفعله المستأنف، فإنه نتيجة لما ذكر كله يكون القرار غير خارق للمقتضيات المذكورة والسبب بالتالي غير جدير بالاعتبار.
_قرار محكمة النقض عدد 636 المؤرخ في 2006/02/22 ملف مدني عدد 2004/1/1/4011 غ.م.
[1026]- مصطفى المرضي: م.س، ص: 105

معا، وفي نفس ذات الغاية منح له إمكانية الطعن في تلك المسطرة إذا ما أصاب المسطرة خلل شكلي أو موضوعي، الكل ينظر فيه القضاء حتى شخص رئيس المحكمة بصفته قاضيا للأمور المستعجلة إذا ما تبين له من إجراءاتها أنها قدمت بصفة تعسفية الهدف منها إلحاق ضرر بالطرف الآخر فيكون الأمر رفض الاستجابة لها[1027].

ومن كل ما ذكر وسبق، نلاحظ أنه وبالرغم من كل مصلحة مرجوة من حماية للدائن، إلا أنه كان من اللازم دائما العمل على حماية الطرف الضعيف في أي علاقة قانونية كانت، وفي وضعنا هذا حماية المدين بداية، وذلك كأن ينص المشرع على فتح باب التعرض له خلال مدة أطول من المسموح بها في الفصل 484 ق.م.م، وأن تمتد إلى مرحلة بيع ذلك العقار[1028]، علما أن التقيد بهذا الأجل ليس في مصلحة المدين خصوصا إذا ما شاب المسطرة خروقات يمكن البناء عليها بالبطلان أثناء السمسرة أو بعدها، وبالتالي على المشرع المغربي ترك مساحة واسعة للمتضرر بأن يطعن فيها متى شاب المسطرة أي خلل وفي أي مرحلة وصلت إليها، وبالتالي إعطاء مكنة أكبر وزيادة في أسباب بطلان إجراءات الحجز العقاري[1029].

خاتمة:

تعتبر دعوى بطلان إجراءات مسطرة تحقيق الرهن الرسمي من الضمانات التي وضعها المشرع المغربي للمدعى عليه (المدين) للدفاع عن حقوقه من الضياع عندما يتم خرق المسطرة الواجبة الاتباع من طرف المدعي، وتتعدد أسباب وموجبات هذه الدعوى سواء منها الشكلية كعدم ذكر أحد البيانات المتطلبة قانونا، أو عندما تكون مبنية على أحد الأسباب الموضوعية ومنه تمسك المدعى عليه بأنه أدى الدين إلى المدعي....، ونلاحظ بهذا الخصوص أن المشرع المغربي قد نظم هذه الدعوى بشيء من التنظيم المحكم عندما تطرق إلى جميع تفاصيلها من الاطار القانوني، إلى ذكر أطرافها وحسنا فعل المشرع بخصوص هذه النقطة عندما منح كل متضرر أن يلجأ إلى هذه الدعوى للدفاع عن حقوقه المهددة بالتنفيذ، تم تنظيمه لمسبباتها والذي عند توفره ينهض سببا كافيا للجوء إلى المحكمة، كل ذلك الهدف من المشرع هو العمل على حماية مصلحتين متناقضتين، مصلحة الدائن عندما منحه مكنة مسطرة تحقيق

[1027]- مصطفى المرضي: م.س، ص: 105
[1028]- مصطفى المرضي: م.س، ص: 105
[1029]- محمد هماش: م.س، ص: 21

الرهن الرسمي، ومصلحة المدين كذلك عندما أعطاه المشرع نفسه مكنة الطعن في هذه المسطرة بالبطلان عندما تتوفر له أسباب ذلك.

لائحة المراجع:

يونس الزهري: مقال حول الحجوزات في قانون المسطرة المدنية المغربي، الجزء الثاني.

أحمد النويضي: "القضاء المغربي وإشكالات التنفيذ الجبري للأحكام"، مطبعة وراقة الكتاب بفاس، الطبعة الأوّلى، مارس 1995.

أمينة النمر: "أصول التنفيذ الجبري"، الدار الجامعية، طبعة 1985.

حسناء السجي: "دعوى بطلان إجراءات الحجز التنفيذي"، الجزء الثاني، المجلة المغربية لنادي قضاة الدار البيضاء، العدد الثاني 2013.

عبد الإله أبو عباد الله: "تعليق حول إيقاف إجراءات التنفيذ العقاري من طرف قاضي المستعجلات"، مجلة المحاكم المغربية العدد 53 يناير/ فبراير 1988.

يونس الزهري: "الحجز التنفيذي على العقار في القانون المغربي"، سلسلة الدراسات القانونية المعاصر، الجزء الثاني.

قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش عدد 341 بتاريخ 8-/5-/2001 في الملف عدد 2001/229.

قرار محكمة الاستئناف بمراكش عدد 1103 بتاريخ 2004/2/14 في الملف عدد 2001/2/950.

قراءة ابتدائية أسفي بتاريخ 1981/01/16 ملف مدني رقم 3455، أورده محمد جلال: "الإنذار العقاري والتعرض عليه"، منشور بمجلة المحامي، العدد 4، سنة 1983، ص: 55.

نور الدين لعرج: " عوارض مسطرة تحقيق الرهن الرسمي ومدى إمكانية إجراء تصرف في العقار المرهون"، مقال منشور بالموقع الإلكتروني www.Lawmoroco.com.

محمد كرام: "وضعية الكفيل أثناء مساطر الوقاية والمعالجة من صعوبات المقاولة"، مجلة المنتدى، العدد الثالث، 1423، يونيو 2002.

قرار عن استئنافية الدار البيضاء التجارية رقم 2671/2005 الصادر بتاريخ 08/07/2005 في الملف عدد 9/2005/1785-3/2004/819 أوردته هاجر منيوي: مرجع سابق، ص: 61.

رضوان الطيبي: "الطعن في إجراءات الإنذار العقاري، سلسلة المنازعات العقارية"، الجزء الثاني، السنة 2011.

قرار محكمة الاستئناف صادر بتاريخ 2008/05/29 في الملف المدني عدد 2008/01/296 أورده محمد هماش في دعوى بطلان إجراءات التنفيذ على العقار".

أمين حسون: "الإشكالات العملية في موضوع الإنذار العقاري"، بحث نهاية التمرين في المعهد العالي للقضاء الموسم 2003-2005.

قرار عدد 1006 صدر بتاريخ 7/26 رقمه بالمحكمة التجارية 8/2/06، أورده عمر أزوكار في كتابه "أحكام الإنذار العقاري وإشكالاته القضائية"، م.س، ص: 14.

محمد زلايجي: "بطلان العمل الإجرائي و أثره على العون القضائي"، مقال منشور بمجلة المناظرة، عدد 2001.6.

هدى بوينيفيف: "دعوى بطلان إجراءات الحجز التنفيذي"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2015/2014.

قرار عدد 432 صادر بتاريخ 2004/04/27 في الملف عدد 2003/12/557 غير منشور.

حكم عدد 2004/324 بتاريخ 2004/03/29 في الملف عدد 2003/226.

قرار عدد 2003/2804 صادر بتاريخ 2003/09/23 في الملف 14/2003/899.غ.م.

حكم صادر عن محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 13 لسنة 42 بجلسة 10 يناير 1978 أشار إليه عزيز المحريري: م.س، ص: 92.

قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 2012/637 صدر بتاريخ 2012/2/2 رقمه بمحكمة الاستئناف التجارية 14/11/2748 أورده عمر أزوكار: م.س، ص: 424-243.

قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 2011/10/04 رقمه بمحكمة الاستئناف التجارية 14/2011/872 أورده عمر أزوكار: م.س، ص: 176-177.

قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش عدد 1072 بتاريخ 2004/12/07 في الملف رقم 2004/5/462.

قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 3245 الصادر بتاريخ 2015/06/03 في الملف رقم 2015/8232/1547 (غير منشور).

قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 4229 الصادر بتاريخ 2016/06/28 في الملف رقم 2016/8232/2535، غ.م.

قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1996/03/26 في الملف المدني عدد 91/5420 منشور بمجلة الإشعاع عدد 15، ص: 145.

رضوان الطيبي: "الطعن في إجراءات الإنذار العقاري"، سلسلة المنازعات العقارية، الجزء الثاني، السنة 2014.

مصطفى المرضي: "الحماية القانونية للمدين عند تنفيذ الإنذار العقاري وحماية الطرف الضعيف"، مطبعة الأمنية، الرباط طبعة 2013.

حكم المحكمة التجارية بمكناس رقم 853 بتاريخ 2009/10/22 ملف رقم 2009/904، أورده مصطفى المردي: "الحماية القانونية للمدين عند تنفيذ الإنذار العقاري"، م.س، ص: 108.

قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 6096 الصادر بتاريخ 30/11/2015 في الملف رقم 5120/8134/2015 غ.م.

قرار المجلس الأعلى – محكمة النقض حاليا-عدد 3031 الصادر بتاريخ 09/06/1999 ملف مدني عدد 545/94 أوردته حنان بن لمين: "إشكاليات التبليغ – دراسة عملية –"، بحث نهاية التمرين بالمعهد العالي للقضاء الرباط سنة 2013/2011. ص: 75.

قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش عدد 2071 صادر بتاريخ 29/06/2000 في الملف عدد 04/99 أورده يونس الزهري: "الحجز التنفيذي على العقار في القانون المغربي"، مطبعة الوراقة الوطنية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، ص: 146.

قرارعدد 2004/1122 بتاريخ 2004/04/06 في الملف عدد 14/203/1234. غ.م.

قرارعدد 2004/560 صادربتاريخ 2004/02/19 في الملف عدد 19/2003/2184 غ.م.

قرار صادر عن المحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 2274، الصادر بتاريخ 2016/04/07 في الملف رقم 2013/8232/1421 غ.م.

قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش عدد 792 بتاريخ 2003/07/15 في الملف عدد 2003/2/421 غ.م.

قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش عدد 341 بتاريخ 2001/08/08 في الملف عدد 2001/229 غ.م.

قرار محكمة الاستئناف بمراكش عدد 4040 بتاريخ 1996/11/04 في الملف عدد 3228 غ.م.

رارمحكمة الاستئناف بمراكش عدد 45841 بتاريخ 1999/12/20 في الملف عدد 18/4974 غ.م.

حكم صادرعن المحكمة التجارية بالدارالبيضاء عدد 687 الصادربتاريخ 2015/12/03 في الملف رقم 2015/8213/6603 غ.م.

حكم صادرعن المحكمة التجارية بوجدة عدد 120 الصادربتاريخ 2016/01/07 في الملف رقم 8213/2015/588 (غير.م) أوردته هاجر منبوي: م.س، ص: 66.

أمر صادر عن رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء رقم 05/1/3642 في الأمر عدد 05/4991 الصادربتاريخ 2005/10/15 (غ.م).

قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 4352 الصادر بتاريخ 2015/07/29 في الملف رقم 2015/8202/2452 غ.م.

قرارمحكمة النقض عدد 3496 المؤرخ في 2004/12/1 ملف مدني عدد 2003/1/1/2469 غ.م.

قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 2009-5582 صدر بتاريخ 2009/11/17 رقمه بمحكمة الاستئناف التجارية 14/2009/2157، غ.م أورده الدكتور عمر أزوكار، م.س.

قرار محكمة النقض عدد 268، الصادر بتاريخ 04 أبريل 2017 في الملف المدني عدد 2016/1/1/2107.

الأستاذة أميمة باكو
باحثة بسلك الدكتوراه بجامعة محمد الخامس بالرباط - كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية –أكدال

خصوصية الاجتهاد القضائي في المادة الضريبية

Specificity of jurisprudence in the tax article

مقدمة:

تجسد الرقابة القضائية المفهوم الحقيقي للمنازعات الضريبية، ذلك أنه إذا كانت الإدارة الضريبية في المرحلة الإدارية تستأثر بحيز خاص ومكانة متميزة لكونها خصم وحكم في نفس الوقت، فالقضاء في المرحلة القضائية، ومن خلال ما يتميز به من استقلال يشكل أفضل أنواع الرقابات[1030]، هذا الأخير يعتبر من أهم مرتكزات دولة الحق والقانون وقد أنيطت به مهمة حماية الحقوق والحريات الأساسية والتي من خلالها يتحقق الأمن القانوني والقضائي، وهذا ما كرسه دستور[1031] المملكة لسنة 2011 بنفسه في الفصل 117 منه "يتولى القاضي حماية حقوق الأشخاص والجماعات وحرياتهم وأمنهم القضائي، وتطبيق القانون". فمن خلال ما سبق نتساءل أين تتجلى اكراهات الاجتهاد القضائي في المادة الجبائية والتي تعيق عمل القاضي الاداري؟ وماهي أفاقها؟

بداية، إن الملفت للانتباه أنه رغم الدور الإيجابي للتجربة القضائية للمنازعات الضريبية في تحقيق التوازن بين صلاحيات الإدارة والضمانات المخولة للملزم، فقد لاحظنا أن هذه التجربة تعاني من مجوعة من الاكراهات المختلفة التي سوف نعتمد على تحديد أهمها (المطلب الأول)، على أن نتحدث بعد ذلك عن أفاق تحسين دور القضاء الإداري في المادة الضريبية (المطلب الثاني).

[1030] **عبد الحق عميمي:** أحكام اجتهاد القضاء الإداري المغربي في مادة المنازعات الضريبية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكدال-الرباط، سنة 2012-2013ص: 251.

[1031] **دستور المملكة المغربية** لسنة 2011 الصادر بمقتضى ظهير الشريف رقم 1.11.91، بتاريخ 29 يوليوز 2011، بتنفيذ نص الدستور، الجريدة الرسمية، عدد 5964 مكرر، 30 يوليوز 2011، ص:3600.



المطلب الأول: اكراهات العمل القضائي في المادة الضريبية

تحتل المرحلة القضائية مكانة مهمة في حل النزاع الضريبي وإعطاء كل ذي حق حقه. فاذا كان القضاء الإداري قضاءا منشئا للقواعد القانونية في الميدان الإداري عامة وفي الميدان الضريبي خاصة، فان قضائنا لازال لم يرقى بعد الى مستوى احداث وخلق القواعد القانونية، وهذا النقص في الالمام بالمادة الضريبية انعكس على الفصل في المنازعات الضريبية وجعل غالبية نتائجها تمثل في عدم القبول[1032]. فالهدف من تحديد هذه الاكراهات والصعوبات هو الكشف عنها لتجاوزها، وبالتالي تطوير قضائنا الإداري والرفع من جودته، وليس التقليل والتنقيص من قيمة العمل القضائي الصادر في المادة الضريبية.

وعلى العموم، فالعوامل التي تحد من دور العمل القضائي في المادة الضريبية تتنوع الى حدود مرتبطة بمحيط القاضي الإداري، وما هو مرتبط بالقاضي نفسه أي حدوده الذاتية.

<u>الفرع الأول</u>: الحدود المرتبطة بمحيط القاضي الإداري

مما لا شك فيه، أن المحيط المرتبط بالقاضي له علاقة مباشرة وتأثير كبير على العمل القضائي سواء بشكل إيجابي أو سلبي، وقد ساهمت مجموعة من العوامل من الحد من تطوير العمل والاجتهاد القضائي في المادة الضريبية، وهذه العوامل تتجلى في المشرع والمسطرة المطبقة أمام القضاء الإداري وكذا ضعف الوعي الجبائي لدى المواطنين. كل هذه المستويات لها تأثير كبير في الحد من تطوير مسار العمل القضائي الإداري في المادة الضريبية واعاقة القدرة على الاجتهاد وسد ثغرات المادة الجبائية ودعم ضمانات أطراف النزاع وتحقيق التوازن بينهم[1033].

الفقرة الأولى: الحدود المرتبطة بدور المشرع والمسطرة الضريبية أمام القضاء الاداري

مبدئيا لعب التشريع الضريبي المغربي دورا محوريا ومهما في تطوير العمل القضائي وحماية الملزم من أي شطط ممكن ان يُنسب للإدارة من جهة والحماية المالية لخزينة الدولة من أ]ة تلاعبات من جهة أخرى، الا أنها على عكس المنتظر ساهم الى حد كبير في الحد من تطور الاجتهاد القضائي، فالمشرع أقبر اجتهادات قضائية متواترة لسنوات، في حين أن المسطرة

[1032] **أمين بوخرسة:** المنازعات القضائية في المادة الضريبية بالمغرب، مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية، عدد خاص سنة 2018، ص: 177.

[1033] **Payen (O.R) :** l'expérience marocaine d'unité de juridiction et de séparation des contentieux, L.G.D.J, Paris, 1964, P 28.

المطبقة أمام القضاء الإداري وخاصة المسطرة المتعلقة بالمادة الجبائية هي كذلك أثرت على تطوير الاجتهاد القضائي[1034].

أولا: الحدود التشريعية

ظل القاضي الإداري يعمل باستمرار على سد الثغرات التي يعرفها التشريع عن طريق خلق قواعد قانونية جديدة، ومن تواتر الاجتهادات القضائية ورسوخها اتجه المشرع الى تبنيها والمصادقة عليها في شكل قوانين وذلك حفاظا على خاصية أساسية من خصائص القانون الإداري، وكذلك القانون الضريبي الذي هو فرع من فروع القانون الإداري لأنه ينظم مجال الضرائب والرسوم التي تعد المورد الأساسي لميزانية الدولة[1035].

لكن للأسف الشديد بالمغرب وقع خلاف ذلك، حيث عمل المشرع على تبني مواقف الإدارة، حيث خالف و أقبر اجتهادات قضائية متواترة كانت تساهم في حماية الملزم من خلال تكريس مجموعة من الضمانات الممنوحة له، بالإضافة الى هذا نجد مرور مختلف التعديلات التي تعرفها القوانين الضريبية بالقوانين المالية السنوية الأمر الذي يعطي الوقت الكافي للبرلمانيين في مناقشة وتقديم التعديلات للازمة عليه[1036]. دون أن ننسى طريقة التصويت على قانون المالية التي تحد من حرية الغرف البرلمانية، والخاصة المعارضة التي تعدل البنود التي تمس بالضمانات المخولة للملزم[1037].

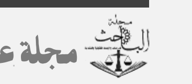
بالإضافة الى أن النصوص الضريبية تتميز بعدم الاستقرار وبسرعة التحول وكذلك ارتباط هذه المادة بعدة ميادين أخرى كالمحاسبة والعلوم المالية والاقتصادية بصفة عامة، كل هذه الأمور تعوق عمل القاضي الإداري الذي يجد صعوبة كبير في استجماع النصوص الضريبية وتتبع التعديلات التي تلحق بها.

[1034] **زكرياء العماري:** المنازعات الضريبية وتحصيل الديون العمومية، مجلة القضاء المدني، سلسلة دراسات وأبحاث العدد 7، مطبعة المعارف، الرباط 2014، ص: 41.

[1035] **زكرياء العماري:** مرجع سابق، ص: 106.

[1036] **حميد حماني:** القضاء الإداري في المادة الضريبية ودوره في تحقيق التوازن بين الإدارة والملزم، رسالة لنيل دبلوم الماستر، جامعة مولاي إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مكناس، السنة الجامعية 2017-2018 ص: 116.

[1037] **حنان بوتوميت:** حدود تدخل القضاء الإداري في تأسيس الضريبي، رسالة لنيل دبلوم الماستر، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سلا-الرباط، السنة الجامعية 2016-2017 ص: 106.



فكم من تعديل ضريبي يتم بواسطة قوانين المالية بكيفية متلاصقة، فاذا لم يواكب القاضي الضريبي القوانين والتعديلات بكيفية دقيقة، فان ذلك سوف يؤدي الى التطبيق السيء للقانون.

ثانيا: حدود المسطرة المطبقة أمام القضاء الإداري

ان المسطرة المطبقة أمام القضاء الإداري تساهم في الحد من تطور العمل القضائي في المادة الضريبية، وذلك لمجموعة من الأسباب الجوهرية نذكر منها، غياب القانون الخاص بالإجراءات الإدارية، تعقد المساطر الضريبية، تكلفة المسطرة الضريبية أمام القضاء الإداري...الخ، ففيما يخص غياب القانون الخاص بالإجراءات الإدارية فان تطبيق قانون المسطرة المدنية[1038] أمام القضاء الإداري يطرح عدة إشكالات بالنظر للاختلاف بين الإطار الاجرائي للخصومة المدنية وخصوصية المنازعة الإدارية، فالدعاوى المرفوعة أمام المحاكم الإدارية هي دعاوى قائمة بين طرفي غير متساويين هما المواطن من جهة والإدارة من جهة أخرى. وبما أن الدعوى الضريبية تعتبر من الدعاوى الإدارية، فان التطبيق القواعد المقررة في قانون المسطرة المدنية أمام المحاكم الإدارية طرحت عدة إشكالات مثلا:

- إشكالية الصفة القانونية للدولة في التقاضي، ذلك أن الدولة تتكون من مجموعة من المرافق العمومية قد واكبه نوع من التبعيض الذي طال صفتها في التقاضي، فالمدير الجهوي للضرائب هو الذي يمثل الدولة في منازعات الوعاء في حين أن الخازن الجهوي هو الذي يمارس الدعاوى المتعلقة بالتحصيل[1039].

- إشكالية عدم تنفيذ الأحكام القضائية خاصة عندما يتعلق الأمر بتلك الصادرة ضد الإدارة[1040]، هذه إشكالية تحد من عمل القضاء، كما تؤدي الى فقدان الثقة في مصداقية المؤسسة القضائية في حماية الملزم ضد الإدارة، وما يؤكد هذا الطرح هو غياب مقتضيات

[1038] تنص المادة 7 من قانون 41.90 على أنه تطبق المحاكم الإدارية القواعد المقرر في قانون المسطرة المدنية ما لم ينص قانون على خلا ذلك.
- وكما نصت المادة 15 من نفس القانون 80.03 أيضا على أنه تطبق أمام محاكم الاستئناف الإدارية قواعد المقرر في قانون المسطرة المدنية والقانون رقم 41.90 المحدثة بموجبه للمحاكم الإدارية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

[1039] **محمد سلطاني:** دور القضاء الإداري في حماية الملزم في مجال منازعات في الوعاء الضريبي، مرجع سابق، ص: 110.

[1040] من المبادئ التي تبنى عليها المرافق العامة، هي أنه لا يمكن الحجز على أموال الإدارة لأنه يشكل خرق لمبدأ السير واضطراب للمرفق العام واستمراره.

قانونية تحدد ميكانيزمات خاصة لتنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة العمومية[1041]. فاذا كان القاضي الإداري يستطيع الغاء القرارات الصادرة عن الإدارة الضريبية وتعديلها، فان الإدارة كثيرا ما ترفض تنفيذ الأحكام الصادرة في مواجهتها بمبررات مختلفة، هذا الوضع أنتج وضعيات مأساوية للعديد من الملزمين بالضريبة بسبب عدم تنفيذ الأحكام الإدارية[1042].

- تعقد المساطر الضريبية، تعتبر المساطر الضريبية من المساطر الجد معقدة وذلك راجع الى الخصوصية التي تتميز بها المادة الجبائية، خصوصا على مستوى تنوع الآجلات وكثرتها في مختلف المساطر سواء فيما يتعلق بمسطرة التصحيح أو مسطرة الفرض التلقائي، كذلك أجل البث بالنسبة للجان الضريبية (المحلية والوطنية) أو أجل الطعن أمام القضاء الإداري ... الخ، كل هذا يؤثر بشكل مباشر على عدد الملفات المطروحة أمام القضاء وسرعة البث فيها. اذ ان البطء في تسوية المنازعات الجبائية ظاهرة متكررة في المرحلة القضائية وهو ما يحول دون حسم في الدعاوى والقضايا المعروضة على المحاكم وأجهزة القضاء في الأوقات الملائمة وعدم إيصال الحقوق لأصحابها في الأوقات المناسبة.

- تكلفة المسطرة الضريبية أمام القضاء الإداري، ان تكلفة المسطرة أمام القضاء الإداري جد مرتفعة إذا ما قارناها بنظيرتها أمام المحاكم العادية، وتتجسد هذه التكلفة في أتعاب الخبراء والمحامين وتكاليف السفر والتنقل واعداد الملف القضائي، وهو ما يجعل الملزمين يفضلون تسوية خلافاتهم مع الإدارة الضريبية عن طريق سلوك المسطرة الإدارية[1043] أو الصلح الودي دون اللجوء الى القضاء أو عن طريق بعض السلوكيات غير القانونية كالرشوة والمحسوبية.

من خلال ما سبق، يمكن القول إن المسطرة أمام القضاء الإداري تساهم في الحد من تطور العمل القضائي وذلك من خلال تعقد المساطر الضريبية والبطء الذي تتميز به، قلة المحاكم

[1041] **مصطفى خصال:** إشكالية التواصل في علاقة الإدارة الضريبية والملزم الضريبي، رسالة لنيل ديبلوم الماستر، جامعة مولاي إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مكناس، السنة الجامعية 2011-2012، ص: 239.

[1042] وتجدر الإشارة الى أن المشرع في هذا الصدد خصص مادة وحيدة يتيمة المتعلقة بتنفيذ الأحكام المادة 49 من قانون رقم 41.90 المحدث للمحاكم الإدارية التي تؤكد بأن التنفيذ يتم بواسطة كتابة الضبط المحكمة الإدارية التي أصدرت الحكم دون توضيح مهمة عون التنفيذ ولا كيفية التنفيذ ولا الجزاء الواجب ضد الممتنع عن التنفيذ.

[1043] المسطرة الإدارية هي اجراء قبلي يلجأ من خلاله الملزم بأداء الضريبة لفض النزاع مع الإدارة الضريبية بطريقة ودية وهذا الأخير ينص عليه القانون بمواد خاصة تؤطر المساطر المعتمدة لسلوك هذا الاجراء، بحيث تنص على ذلك المادة 235 من المدونة العامة للضرائب. اذ أجمعت أغلب التشريعات الجبائية على فرض قاعد التظلم التمهيدي سواء أمام الإدارة نفسها كما أسلفنا الذكر، أو أمام لجن خاصة قبل اللجوء الى القضاء.

الإدارية وبعدها عن الملزم، ارتفاع التكلفة، وعدم ملائمة المسطرة المدنية لخصوصيات المنازعة الجبائية.

الفقرة الثانية: الحدود المرتبطة بالملزم

الى جانب الحدود المرتبطة بالمشرع والمسطرة هناك أدوارلا يستهان بها، قام بها الملزم في اضعاف تطورالعمل القضائي، اذ يشكل هذا الأخيرالطرف الأساسي في العلاقة الضريبية لأن هو من يتحمل أداء الضريبة وبالتالي تحويل النفقات العامة للدولة مع العلم أن الملزمين ينقسمون الى ممول بسيط وممول متوسط وممول كبير، والقاسم المشترك بينهم هو الالتزامات الو اقعة على عاتقهم من حيث التصريح بالضريبة ودفع مبلغها.

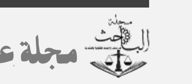
وتقع على عاتق الملزم التزامات كثيرة مثل مسك المحاسبة، التصريح بالضريبة ودفع الضريبة. في المقابل ان الملزم له عدة حقوق تجاه الإدارة الضريبية منها ضمان الحق في الاعتراض على القرارات الضريبية إذا كانت هذه القرارات تعرف بعض الاختلالات، كالحق في الاستعلام الضريبي، ضمان استرداد ما دفع بغير حق، والحق في اللجوء الى القضاء من أجل الطعن، وأمام هذه الالتزامات والحقوق المخولة للملزم يقتضي أن يكون هذا الأخيرعلى مستوى عال من الوعي الجبائي[1044].

وعليه، ان غاب هذا الوعي الضريبي خصوصا والوعي القضائي عموما، يجعل الملزم يعتبرالإدارة قوة لا يحكمها القضاء، وأن الحل الوحيد المناسب معها هو التحايل علها أو التوسط الها و اتباع الطرق الإدارية للطعن. بالإضافة الى أن هناك أغلبية الملزمين لا زالوا يجهلون مبدأ الفصل بين السلطات بحيث لا يميزون المخزن كنظام تقليدي للتسييرالإداري وبين مؤسسات القضاء.

الفرع الثاني: الحدود المرتبطة بالقاضي الضريبي

مما لا ريب فيه، أن القاضي الضريبي يتمتع بسلطات إيجابية على مستوى سيرالدعوى لاسيما في توجيه إجراءاتها، فدوره لا يقتصرفقط على مجرد اصدارالأحكام، بل يتدخل لينظم المسطرة فيأمربتبليغ المذكرات والوثائق، ويحدد الجلسات ويستدعي الأطراف لها، ويمنح مهلة

[1044] **محمد سلطاني:** مرجع سابق، ص: 112.



للأطراف، وعندما يعجز الأطراف، يتدخل هو في اعداد الدليل كما هو الحال عندما تمتنع الإدارة عن تقديم الدليل على عدم صحة مزاعم المدعي.

لكن في المقابل ولتحقيق ذلك لابد أن يتمتع القاضي الضريبي بمستوى عال من التكوين في المادة الضريبية، وان تتميز أحكامه بالجودة اللازمة، وهما الأمران اللذان لا يتوفران الى حد كبير في العمل القضائي الضريبي بالمغرب[1045].

الفقرة الأولى: قصور التكوين الضريبي للقاضي الإداري

فبالنسبة للتكوين المدني للقاضي الضريبي، فقد حدد النظام الأساسي للقضاة والمتمثل في ظهير 24 مارس 2016[1046] المقتضيات التي تنظم مهام القاضي ومسار حياته العملية، بحيث يسري على قضاة المحاكم الإدارية[1047] ومحاكم الاستئناف الإدارية[1048] نفس النظام القانوني الساري على باقي القضاة مع مراعاة بعض الخصوصيات.

لذلك فالقاضي الضريبي يعاني من حيث التخصص الفني والتقني المفترض الالمام بالنازلة الضريبية، وذلك راجع لتكوينه الذي يطغى عليه القانون المدني داخل المعهد العالي للقضاء.

كما أن قصور تكوين القضاة في المجال الضريبي، راجع كذلك لتغيرات التي تعرفها القوانين الضريبية سنويا تجعل القضاة غير قادرين على مواكبة التطورات والتعديلات التي تعرفها. بيد أن القانون الضريبي يتميز بالدقة والتعقد والتقنية مما يزيد من صعوبة القاضي في ضبطه واستيعاب فلسفته القانونية[1049].

أما فيما يخص غياب قاضي ضريبي متخصص، فإن السمة الأساسية للقضاء الإداري المغربي في ميدان المنازعات الضريبية هو غياب مؤسسة القاضي الضريبي كما هو الحال

[1045] **عبد الحق عميمي:** مرجع سابق، ص: 269.

[1046] ظهير شريف رقم 1.16.41 صادر في14 جمادى الثانية 1437 (24 مارس 2016) تنفيذ القانون التنظيمي رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة.

[1047] أنظر المادة الأولى من القانون رقم 41.90، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.91.225 في 22 من ربيع الأول 1414 (10 شتنبر 1993) الجريدة الرسمية عدد 4227، ص: 2168.

[1048] أنظر المادة الأولى من القانون رقم 80.03 المحدث للمحاكم الاستئناف الإدارية الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.06.07 في 14 فبراير 2006، الجريدة الرسمية رقم 5398 بتاريخ 23 فبراير 2006، ص: 490.

[1049] **Fayçal sotih :** le contentieux de l'impôt des pontets, mémoire de DESA, université Agdal, Rabat, 2000-2001, p : 61.

بالنسبة للتشريع الفرنسي الضريبي[1050]، حيث أكدت التجربة الميدانية للمحاكم الإدارية أن نفس القاضي يبت في جميع القضايا سواء تعلق الأمر بالمنازعات الضريبية أو الدعاوى الانتخابية، أو المنازعات المتعلقة بالمعاشات المدنية أو الدعاوى التعويض في نزع الملكية أو الدعاوى العقدية.... وغيرها من الدعوى. مما يفوت على القاضي إمكانية التمرس والتخصص في قضايا بعينها خاصة، وأن القانون الضريبي له خصوصياته التي تميزه عن القانون الخاص والقانون العام على سواء.

فأمام دقة المادة الضريبية وتشعبها يجد القاضي الإداري نفسه مجبرا على الاعتماد على الخبرة كوسيلة من وسائل التحقيق ليفك الوثائق ذات طبيعة محاسبية خاصة، وهذا ما يؤدي الى تعاظم دور الخبراء في المادة الضريبية.

فالقاعدة العامة أن القاضي له الحق في انتداب الخبراء في المسائل التقنية والفنية لمساعدته على تكوين قناعته إذا لم تكن له دراية كافية بموضوع النزاع دون المسائل القانونية، حيث لا يجب عليه التذرع بجزئيات المادة الضريبية للمحاكم، فكل تقنية تحكم المادة الضريبية هي أيضا في جانب أخر مؤطرة بقاعدة قانونية يفترض على القاضي العلم بها لكونها تدخل في صميم القانون الذي فترض فيه العلم به[1051].

اذ يتضح من خلال ما سبق أن سلطة فض المنازعات الضريبية قد عرفت انسيابا من القاضي الى الخبير الذي أصبح هو الحاكم الفعلي والمقرر الحقيقي في ملفات المنازعات الجبائية أمام القضاء الإداري، وتحولت الخبرة من وسيلة التحقيق كما نص على ذلك قانون المسطرة المدنية الى وسيلة اثبات قوية، ويرجع ذلك الى قصور التكوين الذي يعاني منه القاضي الإداري في المادة الجبائية، ومن ثمة يتعين على القضاة بذل مجهود كبير لتجاوز هذا التقصير[1052].

الفقرة الثانية: الحدود المرتبطة بالأحكام والقرارات

لقد ألزم المشرع القاضي الإداري في المجال الضريبي بالنظر في مدى احترام المقالات للشروط الشكلية، ونخص بالذكر الفصلين 1 و32 من قانون المسطرة المدنية ومختلف

[1050] **Chaabouni Ismahen :** la protection des personnes soumises à des contrôles fiscaux et financiers, étude comparative des contrôles de l’administration fiscale, des juridictions financière et de l’autorité des marchés financiers. Editions Lextenso 2012. P 256.

[1051] **عبد الحق عميمي:** أحكام اجتهاد القضاء الإداري في مادة المنازعات الضريبية، مرجع سابق، ص: 271.

[1052] **حميد حماني:** مرجع سابق، ص: 126.



الشروط الأخرى المنصوص عليها في المدونة العامة للضرائب. تم ينتقل القاضي بعد ذلك الى مناقشة الدفوعات التي يتقدم بها الدفاع في الموضوع، لكن الملاحظ أن القاضي يحسم شكلا في الدعوى الضريبية بشكل كبير[1053].

وبدراسة مجموعة من الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية بالمغرب يتضح ان الكثير منها تتطرق فقط للمسائل الشكلية دون الخوض في مضمون المنازعة. اذ ان غالب المطالبات يتم عدم قبولها بوجود اختلالات شكلية تكون من جانب الملزم كعدم احترامه لضوابط التظلم التمهيدي أوفي الحالة التي تكون فيها ملتمسات المدعين غير مطابقة لمقالتهم أوللرسوم المتنازع فيها أو مبلغها أو تكون غامضة ومبهمة[1054] بحيث لا يتبين للقاضي مطالب المدعين. وتماشيا مع ما تم ذكره، يلاحظ أن الأحكام القاضية بعدم قبول الدعوى تكون نتيجة لوجود اختلالات الشكلية، فالقاضي الإداري يحسم شكلا في الدعوى الضريبية بشكل كبير دون الخوض في مضمون المنازعة.

المطلب الثاني: أفاق تفعيل القضاء الجبائي وترسيخ الأمن القضائي في حماية الخاضعين للضريبة

إن افاق تفعيل الدور المناط بالقضاء في تحقيق الضمانات الكافية للخاضعين في إطار المنازعات الجبائية، يتطلب وضع حلول ومقترحات من شأنها معالجة الإشكاليات الدستورية والقانونية والتنظيمية، والعملية، بالإضافة الى معالجة الإشكاليات كي يتم تفعيل دور القضاء فلا بد إذن من التطلع لإصلاح النظام الجبائي من خلال كافة مستوياته، وفي ذلك سعي نحو ترسيخ الأمن القضائي الجبائي.

الفرع الأول: معالجة الإشكاليات التي تعترض القضاء الجبائي

أمام الاكراهات والعوائق التي يكتنفها الطعن القضائي في الميدان الجبائي والتي من شأنها أن تجعل الحماية القضائية التي يوفرها للملزمين بالضريبة محدودة، فانه من الأهمية بمكان ضرورة البحث عن الحلول المناسبة لمعالجة الإشكاليات وتجاوز العوائق التي تحول دون تحقيق الغاية التي تهدف اليها المرحلة القضائية للطعن الضريبي، والمتجلية في تكريس

[1053] **حنان بوتوميت**: حدود تدخل القضاء الإداري في تأسيس الضريبي، مرجع سابق، ص: 126.

[1054] **عبد الفتاح الورحمشي**: منازعات الوعاء والتحصيل بالمغرب، دراسة قانونية وقضائية مقارنة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال، الرباط، 2017-2018، ص: 182.



الضمانات القانونية للخاضعين للضريبة وتغليب حماية حقوقهم على تطبيق القواعد المسطرية[1055].

الفقرة الأولى: معالجة الإشكاليات القانونية والمسطرية

سبق أن تطرقنا للعديد من الإشكاليات القانونية التي تمثل عائقا أمام القضاء الجبائي ليقوم بدوره في تسوية المنازعات الجبائية وفي تحقيق الحماية والتوازن بين أطراف النزاع، ولمعالجة تلك الإشكاليات التي تواجه القضاء الإداري في هذه المرحلة يتطلب الامر البحث في الوسائل والحلول الممكنة، فمن بينها:

أولا: إعادة صياغة النصوص القانونية الضريبية بلغة قانونية بسيطة وقوية في نفس الوقت

اذ يعتبر غموض النصوص القانونية سبب تفاقم النزاع بين الملزمين والإدارة الضريبية ووصوله الى القضاء[1056]، فضعف وتشعب وتعقيد النصوص الضريبية يحرم الملزمين من معرفة حقوقهم وواجباتهم، وفي نفس الوقت لا يعذروا بجهلهم للقواعد القانونية التي تطبق عليهم إزاء ذلك، عملا بنص القاعدة القانونية: "لا يعذر أحد بجهله للقانون"، مما يؤدي الى ضياع حقوقهم التي قررها المشرع وكرسها القضاء، وبالتالي يشكل ذلك عائقا قانونيا يعترض الحماية التي يهدف الى تحقيقها القضاء للخاضعين للضريبة.

ولمعالجة ذلك ينبغي إعادة النظر في الأنظمة الضريبية وذلك بصياغة النصوص الجبائية بشكل تقني جيد وبلغة قانونية رصينة وقوية وسهلة في نفس الوقت[1057]، وأن تكون محكمة التركيب والتنظيم وواضحة المعاني لا يكتنفها غموض أو اجمال أو عموم، وألا تحتمل التأويل أو التفسير، حتى لا يضطر القضاء والفقه والمحامين الى تفسيرها وتأويلها، وذلك يشكل مخالفة للقاعدة القانونية: "قاعدة التفسير الضيق للنص الضريبي"[1058].

[1055] **أحمد إسماعيل العامري**: "ضمانات الخاضعين للضريبة في المنازعات المتعلقة بالوعاء وفق التشريعين المغربي واليمني"، مكتبة دار السلام للطبع والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الرباط، 2019، ص: 460.

[1056] **محمد بلعوشي**: دور القضاء الإداري في التوفيق بين حقوق المواطن والإدارة الضريبية، عرض قدم للندوة المقامة بتاريخ 25 دجنبر 2011 من قبل جمعية البحث في القضاء الإداري بسلا بعنوان: 'المفهوم الجديد للقضاء ودوره في التنمية الاقتصادية والاجتماعية"، أشار اليه **أحمد العامري** في كتابه، مرجع سابق، ص: 461.

[1057] **Victor Thouronyi** : isabel Espejo the previous reference, p : 6.

[1058] **Michel Rousset, Mohammed Amine Benabdallah**, Contentieux administratif marocains, collection manuels et travaux universitaire, REMALD, imprimerie Elmaarif al Jadida, n° 118, Rabat, 2018, p : 67.

ثانيا: معالجة ظاهرة امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها

في الو اقع لا قيمة للحكم القضائي بعد صيرورته نهائيا حالة عدم تنفيذه ولا قيمة لمبدأ الشرعية في الدولة ما لم يقترن بمبدأ أخر مضمونه احترام أحكام القضاء وضرورة تنفيذها والا فماذا يجدي أن يجتهد ويبتكر القاضي الإداري في إيجاد الحلول الناجعة بما يتلاءم وصون الحقوق والحريات والمشروعية اذا كانت أحكامه مصيرها الموت، فما يطمح اليه كل متقاضي من رفع دعواه لدى القضاء الإداري ليس هو اغناء الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية عامة والضريبية على وجه الخصوص، بل استصدار حكم لصالحه يحمي حقوقه المعتدى عليها من طرف الإدارة مع ترجمة منطوقه على أرض الو اقع بتنفيذه.

اذ لم يتطرق المشرع المغربي لهذه الإشكالية صراحة، ولكن القضاء الإداري ابتدع قواعد بهدف اجبار الإدارة على تنفيذ الاحكام في مواجهتها وهي: الغرامة التهديدية، الحجز لدى الغير، التنفيذ التلقائي، وتعد تدابير غير كافية لمعالجة الإشكالية من أساسها، اذ أصبح من ضروري تدخل المشرع المغربي لإيجاد حلول قانونية ناجعة من شأنها حمل الإدارة على التنفيذ ومنح القاضي سلطة مطلقة لتنفيذ أحكامه وذلك عن طريق تفعيل مؤسسة قاضي التنفيذ فيخصص قاضي تنفيذ في كل محكمة إدارية[1059].

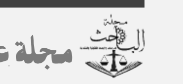
بحيث يمكن معالجة ظاهرة امتناع تنفيذ الأحكام والقرارات الإدارية عن طريق تدخل حقيقي من المشرع، فعلى هذا الأخير أن يلزم الإدارة بتنفيذ الأحكام والقرارات الإدارية ومنها الضريبية لأجل احترام سيادة القانون، والا لا فائدة من اللجوء الى القضاء أمام عصيان الإدارة لتنفيذ أحكامه[1060]. ويمكن استرشاد بالنموذج الفرنسي والمصري[1061] في هذا الشأن ولبيان الدور المعقود على المشرع ليضع حد لهذه الإشكالية سنبينه على النحو الاتي:

✍ احداث مسطرة خاصة بتنفيذ الأحكام والقرارات الإدارية، وذلك راجع لخصوصية المنازعات الجبائية التي تكتسي طابعا إداريا صرفا يجب أن تخضع لمسطرة خاصة في

[1059] **مصطفى التراب:** إشكالية تنفيذ الاحكام الإدارية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 27، ابريل، 1999، ص: 127.

[1060] **Rousset et Garagnon** : le droit administratif Marocain, imprimerie ROYALE, Rabat, 1979, p : 31.

[1061] **عبد الفتاح بالخال:** المشروعية الجبائية والحماية القضائية لها في ظل الدستور المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة الحسن الثاني، كلية الحقوق الدار البيضاء، السنة الجامعية 2000-2001.ص: 477.



التقاضي، وذلك عن طريق اصدار مدونة إدارية خاصة بالمنازعات القضائية الإدارية لاسيما فيما يتعلق بالتنفيذ الجبري، تتلاءم مع طبيعة الإدارة كشخص اعتباري[1062].

- التنصيص على أن الأحكام والقرارات النهائية الحائزة لقوة الشيء المقضي القاضية باستحقاق مبالغ مالية بمثابة سند تنفيذي يرتقي الى مستوى أمر قضائي يجب على الإدارة صرفه في الحال لفائدة طالب التنفيذ دون تردد[1063].

- يجب التنصيص صراحة على المسؤولية الشخصية لكل موظف عمومي داخل الإدارة يمتنع عن تنفيذ الأحكام والقرارات الإدارية الصادرة ضده وتجريم الامتناع[1064].

- تعديل المادة 8 من القانون المحدث للمحاكم الادارية بإضافة اختصاص للمحاكم الإدارية للبت في التعويض عن الاضرار الناتجة عن الخطأ الشخصي للموظف الممتنع عن تنفيذ الاحكام الصادرة ضد الإدارة[1065].

الفقرة الثانية: معالجة الإشكاليات التنظيمية والعملية

كما أسلفنا القول إن القضاء الجبائي يكتنفه إشكاليات عملية وسبق أن ذكرناها، وللعمل على حل هذه الاكراهات يتطلب القيام بالآتي:

<u>أولا</u>: تخصيص القضاء في المجال الضريبي والرفع من كفاءة القضاة

ان الرفع من جودة الاحكام والقرارات الجبائية لا يمكن أن يتحقق دون الرفع من كفاءة القضاة اللذين ينظرون في حيثيات المنازعات، وذلك عن طريق تكوينهم وتحسين ظروف عملهم، والعمل على تخصصهم في هذا الميدان. اذ يعتبر القضاة وأعضاء النيابة العامة ومعاونهم محور عملية تحديث وتطوير السلطة القضائية والركيزة الأساسية لاستغلاله، وذلك عن طريق تكوين قدراتهم القانونية وقيامهم بواجبتهم ومهامهم المقدسة في تحقيق العدال وحماية الحريات وحفظ الحقوق و انصاف المظلومين، وبما أن القضاء رسالة مقدسة لا يستطيع القيام بأدائها وتحمل أعبائها الا من تم اعداده اعدادا سليما، حيث ينبغي في من يحمل أمانتها التكوين المهني

[1062] **أحمد قليش؛ محمد زنون:** المنازعات الجبائية المحلية، سلسلة المعارف العلمية في الشرح العلمي للمنظومة الجبائية، الكتاب الثالث، الطبعة الأولى، 2014، ص: 189.
[1063] **أحمد قليش؛ محمد زنون:** نفس المرجع أعلاه، ص: 189.
[1064] **محمد قصري:** المنازعات الجبائية المتعلقة بربط وتحصيل الضريبة أمام القضاء المغربي، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، الطبعة الثالثة، 2011، ص: 33.
[1065] **محمد قصري:** نفس المرجع أعلاه.



إضافة الى سعة الفهم والمعرفة في مختلف فروع القانون[1066]، والعمل الدائم على مواكبة التكوين قبل الانخراط في السلك القضائي وبعده.

وللعمل على تحقيق هذا الأخير يجب العمل على انشاء محاكم ضريبية متخصصة[1067]، أو انشاء شعبة أو قسم لدى المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية والغرفة الإدارية يختص فقط بالنظر في القضايا الضريبية دون المنازعات الأخرى[1068].

ثانيا: تفعيل مستوى العمل القضائي على مستوى المنازعات الجبائية عن طريق:

- ضمان كفاية عددية من القضاة نظرا للتزايد المضطرد الذي تعرفه القضايا الجبائية على المحاكم الإدارية، في الوقت الذي يقابله نقص في عدد القضاة وفي الأطر الإدارية، مما ينتج عنه عدم وجود توازن، فيؤدي حتما الى تراكم عدد القضايا والبطء في تصفيتها مما يؤدي الى زعزعة الثقة في جهاز العدالة[1069].
- دعم الكفاءة العلمية للقضاة وذلك بتمكينهم من وسائل وأساليب العمل داخل الجهاز القضائي الإداري ومن ضمنه القضاء في المجال الجبائي عن طريق تكوينهم تكوين إداريا جبائيا فعالا، وتمكينهم من الوسائل العلمية لصقل مداركهم، مع الدعم المادي لهم لما له من أثر إيجابي على مستوى تحسين المردودية في العمل الذي يقومون به[1070].

ثالثا: تفعيل دور المفوض الملكي

يدافع المفوض الملكي عن الحق والقانون[1071]، ودوره يشمل ضامنة إضافية لحماية حقوق الملزمين وتنويرهم بوضعيتهم القانونية وما عليهم بحيادية، وذلك ما يبعث الارتياح لديهم، كما ان مستنتجاته تساعد القاضي الجبائي وتنبهه الى القرار الصائب[1072]، ولذا يجب تفعيل

[1066] **السلطة القضائية:** استراتيجية تحديث وتطوير القضاء 2006-2015، المطبعة القضائية، المعهد العالي للقضاء، صنعاء 2006، ص: 58.

[1067] **ثرية لعيوني:** توصية الندوة التي أقامتها جمعية البحث في القضاء الإداري بسلا بعنوان: 'المفهوم الجديد للقضاء ودوره في التنمية الاقتصادية والاجتماعية"، بتاريخ 25 دجنبر 2011، أشار اليه **أحمد اسماعيل العامري** في كتابه، مرجع سابق، ص: 467.

[1068] **أحمد اسماعيل العامري**: مرجع سابق، ص: 467.

[1069] **أحمد إسماعيل العامري:** مرجع سابق، ص: 470-471.

[1070] **السعدية جماني:** الخبرة في المادة الضريبية، السلسلة المغربية للعلوم والتقنيات الضريبية، العدد 5، مطبعة أمنية، الرباط، 2014، ص: 114-115.

[1071] ذلك ما نص عليه المشرع المغربي من خلال المواد 2-5-9 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية رقم 41.90.

[1072] **محمد شكيري:** القانون الضريبي المغربي، دراسة تحليلية ونقدية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، العدد 59، الطبعة الثانية، 2005.ص: 649.

الدور الذي يخول له القانون بما يكفل تطبيق هذا الأخير ولحماية حقوق أطراف النزاع، وبما يلطف من المسطرة القضائية والحد من ظاهرة التأخير في بت الملفات الجبائي، وتفعيل دوره لن يكون الا من خلال تخويله الصلاحيات في تحضير الدعوى الى جانب القاضي المقرر مساندا له مع ما يتماشى مع غاية المشرع من أحداث مؤسسة المفوض الملكي في الدفاع عن الحق والقانون، كما يجب منحه سلطة الطعن في الأحكام لفائدة القانون[1073].

الفرع الثاني: الإصلاح الجبائي ودور القاضي الإداري في ترسيخ الأمن القضائي

ان الامن القضائي له علاقة وطيدة بالأمن القانوني الذي يحقق قدرا من الثبات النسبي للعلاقة القانونية، وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة بهدف إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية عامة وخاصة[1074]. الا أن القواعد القانونية مهما بلغت جودتها فإنها لن تبلغ الغاية المطلوبة ان لم تجد في المقابل أمنا قضائيا، والذي أكدت على أهميته مقتضيات المادة 117 من الدستور المغربي، الذي ينص على أنه "يتولى القاضي حماية حقوق الأشخاص والجماعات وحرياتهم وأمنهم القضائي وتطبيق القانون"، الا انه لم يتطرق للمفهوم، كما لا نجد له تعريفا في الاجتهاد القضائي المغربي[1075]، لكن في المقابل ان الملك محمد السادس، شدد في خطاب العرش بانه "... هدفنا ترسيخ الثقة في العدالة وضمان الأمن القضائي، الذي يمر عبر الأهلية المهنية والنزاهة والاستقامة وسبيلنا صيانة حرمه القضاء وأخلاقياته ومواصلة تحديثه وتأهيله"[1076].

الفقرة الأولى: الإصلاح الجبائي

يجب العمل على تحقيق الإصلاح الجبائي وذلك عن طريق العمل على:

[1073] **رشيد أسباطي**: المفوض الملكي للدفاع عن الحق والقانون، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، ماستر القضاء الإداري، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، جامعة محمد الخامس، السنة الجامعية 2009-2010، ص: 239-240.

[1074] **رفعت عبد سيد**: مبدأ الأمن القانوني، دراسة تحليلية في ضوء أحكام القضاء الإداري والدستوري، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، العدد 34 أكتوبر 2013، ص: 8.

[1075] **غلان الجنفي**: دور القاضي الإداري في ترسيخ الأمن القضائي في المجال الجبائي، سلسلة منشورات مختبر السياسات العمومية، سلسلة مؤلفات جماعية في المادة الضريبية، الطبعة الأولى تحت عنوان "المساطر الضريبية بين تحدي الأمن القانوني والقضائي الضريبي وسؤال العدالة التنمية الجبائية"، سنة 2021، ص: 387.

[1076] خطاب العرش للملك محمد السادس بتاريخ 2007/07/30.

- البحث عن أي اصلاح ضريبي مغربي يجب أن ينطلق من الفصل 39 من الدستور[1077]، فمن أجل فرض الضرائب، والوصول الى اصلاح ضريبي عادل، يجب أن يكون هناك تقنيات للوصول الى ما يسمى بالمقدرة التكليفية لكل خاضع، بمعنى حسب استطاعة كل خاضع يساهم في التكاليف العمومية، وذلك يحقق الإصلاح الضريبي أهدافه الأساسية وأهمها النمو الاقتصادي وتحقيق عدالة ضريبية، وتبسيط للقواعد القانونية الضريبية[1078].

- تفعيل التواصل مع الخاضعين للضريبة، ان أزمة التواصل بين الإدارة الضريبية والملزم ستؤدي الى منازعة، والسبب يرجع الى الإدارة نفسها لضعف تفعيل النسق التواصلي بين الإدارة والمواطنون الملزمون بأداء الضرائب. فان الإدارة الضريبية لكي تبني علاقة تواصل داخلي وتواصل خارجي، يجب أن تقوم بتحديث هياكلها وأدوات اشتغالها في علاقاتها الداخلية، كما يجب عليها أن تقوم بتزويد الخاضعين للضريبة بالمعلومات اللازمة التي يستعملونها في إطار ما يسمى بالحق في الاستعلام الضريبي والذي يجب أن يلبي حاجتين من المعلومات هما المعلومات العامة والمعلومات الدقيقة.

- عندما نقول تحسين نسق التواصل الجبائي، يجب الاسترشاد بالتجارب المقارنة للدول المتقدمة كالولايات المتحدة الأمريكية (على سبيل المثال) الذي تنهج طريقة خاصة في تقريب المواطن للإدارة الجبائية عن طريق ما يسمى بالمساعدة الضريبية، كأحد القنوات التواصلية، والتي تساهم في تقديم المساعدة والارشادات لمن لا يعرف ملأ البيانات أو قراءة المعلومات، كل هذه الوسائل تندرج ضمن تشجيع ثقافة التعاون والتنسيق الاجتماعي.

- الاستقرار الضريبي، يجب أن يكون هذا الاستقرار الضريبي حتى يكون الآخرين على علم مسبق عندما يريدون الاستثمار (مغاربة كانوا أم أجانب)، ويكونوا على علم بواجباتهم

[1077] ينص الفصل 39 من دستور المملكة لسنة 2011 على أن: "على الجميع أن يتحمل كل على قدر استطاعته التكاليف العمومية التي للقانون وحده احداثها وتوزيعها وفق الإجراءات المنصوص عليها في هذا الدستور".

[1078] **سعيد جفري:** الإصلاح الضريبي والأحزاب السياسية، عرض مقدم للندوة الوطنية المقامة في كلية الحقوق سطات في 14 نونبر 2012، منشور في "أسئلة الإصلاح الضريبي في ضوء المناظرة الوطنية الثانية حول الجبايات"، السلسلة المغربية للعلوم والتقنيات الضريبية، العدد 10، مطبعة الأمنية، الرباط، 2015، ص: 19.

الملزمين بأدائها، فالاستقرار الضريبي مسألة ضرورية لأنه يحتم استقرار النفقات العمومية.

- العدالة الضريبية، اذ يعتبر عنصر العدالة الضريبية من عناصر نجاح أي نظام ضريبي، حيث أصبح مفهوما ضروريا من مكونات النظام الضريبي الذي يحقق النجاعة والفعالية، ويحقق العدالة التي تؤدي الى القبول والرضى بالضريبة[1079].

- فصل الإصلاحات الجبائية عن سياق اعداد قانون المالية السنوي، أي اصلاح ضريبي شامل عادل وناجح لا يمكن إنجازه في إطار قانون المالية السنوي، بل يحتاج الى متسع من الوقت، وأن يعهد لذوي الاختصاص، مع اشراك مختلف الأطراف المعنية والفاعلين من خبراء وأساتذة جامعيين متخصصين في القانون الضريبي وقضاة مارسوا في مجال المنازعات الجبائية ومن ممثلي المنظمات المهنية ومن أطر الإدارة الضريبية وكل الفعاليات المهتمة بالشأن الضريبي[1080].

الفقرة الثانية: تجليات الأمن القضائي في المجال الجبائي

ان مفهوم الأمن القضائي لا يمكن حصره من جهة واحدة، بل لابد من التطرق الى مفهومه بشكله الواسع والضيق من أجل معرفة مدى الدلالات التي يوحي بها المفهوم[1081]. لذلك فان الأمن القضائي، يعتبر حاجزا وقائيا لفائدة الأشخاص ضد تجاوزات بعضهم البعض من جهة، وحائلا دون تجاوز الإدارة ضد هؤلاء من جهة ثانية[1082]، كما اعتبر جانب أخر من الفقه بأن الأمن القضائي يعكس الثقة في السلطة القضائية وفي القضاة بالاطمئنان الى ما يصدر عنهم من أحكام وقرارات واوامر قضائية[1083].

اذ تجسد المرحلة القضائية في المنازعات الجبائية، المفهوم الحقيقي للمنازعة بين الملزم والإدارة الضريبية، حيث يبقى القاضي في المجال الضريبي مطالبا بتحقيق المعادلة

[1079] **سعدية جماني:** الإصلاح الضريبي بين محطتين 1999 و2013، منشور في أسئلة الإصلاح الضريبي في ضوء المناظرة الوطنية الثانية حول الجبايات، السلسلة المغربية للعلوم والتقنيات الضريبية، العدد 10 مطبعة الأمنية، الرباط، 2015، ص: 92

[1080] **سعدية جماني:** مرجع سابق، ص: 134.

[1081] **غزلان الجنفي:** دور القاضي الإداري في ترسيخ الأمن القضائي في المجال الجبائي، مرجع سابق، ص: 387.

[1082] **عبد المجيد غميجة:** مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، عرض مقدم بمناسبة المؤتمر 13 للمجموعة الافريقية للاتحاد العالمي للقضاء البيضاء، 2008، ص: 22.

[1083] **مصطفى بنشريفة وفريد بنته:** الأمن القانوني والأمن القضائي، مجلة الالكترونية العلوم القانونية، www.maroclaw.com، تمت زيارة الموقع بتاريخ 2021/06/13، على الساعة 03:19.

القائمة على ضرورة حماية المال العام، وحماية المال الخاص لكي يتكون لدى الملزم الاطمئنان مما يشجعه على الوفاء بالتزاماته من خلال تكريس مجموعة من الضمانات لفائدة الملزمين وكذا إعطاء تأويلات للنصوص التي تنص على العدالة الجبائية والحد من التهربي الضريبي[1084].

ومهما يكن الأمرفان القضاء الإداري رآكم مجموعة من الاجتهادات القضائية في مجال المنازعة الضريبية وفق منهجية توفق بين ضرورة حماية المال العام من جهة، ومتطلبات حماية الاستثمار وكفالة الأمن القضائي في المجال الجبائي من جهة أخرى وهو ما يظهر من خلال مجموعة من القرارات، والتي حاول من خلالها التصدي لظاهرة التهرب الضريبي حيث جاء في تعليل حكم صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط عدد 874 بتاريخ 2015/03/07 في الملف عدد 2012/07/671: "وحيث أن الالتزام الضريبي واجب دستوري ووطني، هو تعبير عن المواطنة لتمويل نفقات الشأن العام، طبقا للفصلين 37 و39 من الدستور، ولا يعقل أن يبطله فساد مسطرة تأسيس الضريبة، حيث أن قضاء المحكمة بحكم نهائي ببطلان مسطرة الفرض الضريبي شكلا وليس الغاءها كليا على الأرباح العقارية، يخول للإدارة الضريبية تصحيح الإجراءات المقررة قانونا، ولا يسقط في رض الضريبة ما دام أن أجل التقادم الرباعي لم يمض بعد"[1085].

الى جانب إرساء مجموعة من الضمانات لصالح الملزم، وفي أحيان أخرى التدخل لإقرار مسؤولية الإدارة الضريبية على أمل تطويرهذه التجربة من خلال إرساء قضاء اداري متخصص في المادة الضريبية[1086].

خاتمة:

لقد حاولنا من خلال دراستنا لخصوصية الاجتهاد القضائي في المادة الضريبية، ملامسة جزء مهم من المنظومة القضائية ببلادنا وخاصة القضاء الإداري في المادة الجبائية والدورالذي يلعبه القاضي الإداري في إيجاد هذا التوازن بين الإدارة الضريبية والملزم الضريبي، هذا الدور الرهين بعدة إصلاحات، فللحديث عن هذا الأخير استوجب منا الوقوف عند الاكراهات التي تعتري الاجتهاد القضائي في المادة الجبائية، فبالرغم من حداثة تجربة المحاكم الإدارية[1087]

[1084] **غزلان الجنفي:** مرجع سابق، ص: 388.
[1085] قرار أورده **المختار السريدي:** في مقاله الطعن القضائي في مشروعية الفرض الضريبي امام القضاء الضريبي، سلسلة القضاء الإداري والمنازعات الإدارية، 3/4 نونبر 2019، ص: 62.
[1086] **غلان الجنفي:** مرجع سابق، ص: 398.
[1087] القانون رقم 41.90، المحدث بموجبه المحاكم الإدارية والصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.91.225 في 22 من ربيع الأول 1414 (10 شتنبر 1993) الجريدة الرسمية عدد 4227، ص: 2168.

كقضاء متخصص في النزاعات بين المواطنين والإدارة، خاصة أن القضاء الإداري استطاع ولو نسبيا أن يطلع بدور مهما في إعادة الثقة للمواطنين والتأكيد على أن العدل قوام وعماد وأساس الحضارة وتحقيق العدالة أولوية مهمة ضمن انشغالات المشرع المغربي بالنظر لمكانة القضاء المتميزة كأحد المرافق العامة للدولة، وأن القانون يعلو فوق الجميع، ولو تعلق الأمر بالدولة أو بالإدارة من ادارتها كما هو الحال بالنسبة لإدارة الضرائب.

وإذا كان للعمل القضائي دور فعال في تحقيق الأمن القانوني والقضائي، فان له دورا رائدا في المحافظة على تلك المكتسبات من خلال تعزيز ثقة الأفراد والجماعات في مصداقية العمل القضائي والحرص على حماية المجتمع.

وتأكيدا لما سبق وكما أشاره له الأستاذ عصام بنجلون "أن المادة الضريبية لا تفتح آفاقا واسعة أمام الاجتهاد القضائي كغيرها من المواد الأخرى لمجموعة من الأسباب منها ما يتعلق بالتقنية المعقدة لهذه المادة، ومنها ما يعود الى قاعدة التفسير الضيق للنصوص الجبائية"[1088]، ومنها ما يعود الى طبيعة بعض النصوص القانونية والتي يبدو وكأنها تكبل الاجتهاد القضائي في المادة الضريبية.

لائحة المراجع:

عبد الحق عميمي: أحكام اجتهاد القضاء الإداري المغربي في مادة المنازعات الضريبية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكدال-الرباط، سنة 2012-2013.

دستور المملكة المغربية لسنة 2011 الصادر بمقتضى ظهير الشريف رقم 1.11.91، بتاريخ 29 يوليوز 2011، بتنفيذ نص الدستور، الجريدة الرسمية، عدد 5964 مكرر، 30 يوليوز 2011، ص:3600.

أمين بوخرسة: المنازعات القضائية في المادة الضريبية بالمغرب، مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية، عدد خاص سنة 2018.

[1088] **عصام بنجلون:** أصول وإجراءات التنفيذ القضائي ضد الإدارة، دراسة مقارنة، 2005، ص: 118.

زكرياء العماري: المنازعات الضريبية وتحصيل الديون العمومية، مجلة القضاء المدني، سلسلة دراسات و أبحاث العدد 7، مطبعة المعارف، الرباط 2014.

حميد حماني: القضاء الإداري في المادة الضريبية ودوره في تحقيق التوازن بين الإدارة والملزم، رسالة لنيل دبلوم الماستر، جامعة مولاي إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مكناس، السنة الجامعية 2017-2018.

حنان بوتوميت: حدود تدخل القضاء الإداري في تأسيس الضريبي، رسالة لنيل دبلوم الماستر، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سلا- الرباط، السنة الجامعية 2016-2017.

مصطفى خصال: إشكالية التواصل في علاقة الإدارة الضريبية والملزم الضريبي، رسالة لنيل ديبلوم الماستر، جامعة مولاي إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مكناس، السنة الجامعية 2011-2012.

ظهير شريف رقم 1.16.41 صادر في14 جمادى الثانية 1437 (24 مارس 2016) تنفيذ القانون التنظيمي رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة.

القانون رقم 41.90، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.91.225 في 22 من ربيع الأول 1414 (10 شتنبر 1993) الجريدة الرسمية عدد 4227، ص: 2168.

القانون رقم 80.03 المحدث للمحاكم الاستئناف الإدارية الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.06.07 في 14 فبراير 2006، الجريدة الرسمية رقم 5398 بتاريخ 23 فبراير 2006، ص: 490.

عبد الفتاح الورحمشي: منازعات الوعاء والتحصيل بالمغرب، دراسة قانونية وقضائية مقارنة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال، الرباط، 2017-2018.

أحمد إسماعيل العامري: "ضمانات الخاضعين للضريبة في المنازعات المتعلقة بالوعاء وفق التشريعين المغربي واليمني"، مكتبة دار السلام للطبع والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الرباط، 2019.

محمد بلعوشي: دور القضاء الإداري في التوفيق بين حقوق المواطن والإدارة الضريبية، عرض قدم للندوة المقامة بتاريخ 25 دجنبر 2011 من قبل جمعية البحث في القضاء الإداري بسلا بعنوان: 'المفهوم الجديد للقضاء ودوره في التنمية الاقتصادية والاجتماعية".

Michel Rousset, Mohammed Amine Benabdallah, Contentieux administratif marocains, collection manuels et travaux universitaire, REMALD, imprimerie .Elmaarif al Jadida, n° 118, Rabat, 2018

مصطفى التراب: إشكالية تنفيذ الاحكام الإدارية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 27، ابريل، 1999.

عبد الفتاح بالخال: المشروعية الجبائية والحماية القضائية لها في ظل الدستور المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة الحسن الثاني، كلية الحقوق الدار البيضاء، السنة الجامعية 2000-2001.

أحمد قليش؛ محمد زنون: المنازعات الجبائية المحلية، سلسلة المعارف العلمية في الشرح العلمي للمنظومة الجبائية، الكتاب الثالث، الطبعة الأولى، 2014.

محمد قصري: المنازعات الجبائية المتعلقة بربط وتحصيل الضريبة أمام القضاء المغربي، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، الطبعة الثالثة، 2011.

ثرية لعيوني: توصية الندوة التي أقامتها جمعية البحث في القضاء الإداري بسلا بعنوان: 'المفهوم الجديد للقضاء ودوره في التنمية الاقتصادية والاجتماعية"، بتاريخ 25 دجنبر 2011.

السعدية جماني: الخبرة في المادة الضريبية، السلسلة المغربية للعلوم والتقنيات الضريبية، العدد 5، مطبعة أمنية، الرباط، 2014.

محمد شكيري: القانون الضريبي المغربي، دراسة تحليلية ونقدية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، العدد 59، الطبعة الثانية، 2005.

رشيد أسباطي: المفوض الملكي للدفاع عن الحق والقانون، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، ماستر القضاء الإداري، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، جامعة محمد الخامس، السنة الجامعية 2010-2009.

رفعت عبد سيد: مبدأ الأمن القانوني، دراسة تحليلية في ضوء أحكام القضاء الإداري والدستوري، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، العدد 34 أكتوبر 2013.

غلان الجنفي: دور القاضي الإداري في ترسيخ الأمن القضائي في المجال الجبائي، سلسلة منشورات مختبر السياسات العمومية، سلسلة مؤلفات جماعية في المادة الضريبية، الطبعة الأولى تحت عنوان "المساطر الضريبية بين تحدي الأمن القانوني والقضائي الضريبي وسؤال العدالة التنمية الجبائية"، سنة 2021.

سعيد جفري: الإصلاح الضريبي والأحزاب السياسية، عرض مقدم للندوة الوطنية المقامة في كلية الحقوق سطات في 14 نونبر 2012، منشور في "أسئلة الإصلاح الضريبي في ضوء المناظرة الوطنية الثانية حول الجبايات"، السلسلة المغربية للعلوم والتقنيات الضريبية، العدد 10، مطبعة الأمنية، الرباط، 2015.

سعدية جماني: الإصلاح الضريبي بين محطتين 1999 و2013، منشور في أسئلة الإصلاح الضريبي في ضوء المناظرة الوطنية الثانية حول الجبايات، السلسلة المغربية للعلوم والتقنيات الضريبية، العدد 10 مطبعة الأمنية، الرباط، 2015.

عبد المجيد غميجة: مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، عرض مقدم بمناسبة المؤتمر 13 للمجموعة الافريقية للاتحاد العالمي للقضاء البيضاء، 2008.

مصطفى بنشريفة وفريد بنته: الأمن القانوني والأمن القضائي، مجلة الالكترونية العلوم القانونية، www.maroclaw.com، تمت زيارة الموقع بتاريخ 2021/06/13، على الساعة 03:19.

الاستاذ عصام الهاشمي
باحث في سلك الدكتوراه بكلية الحقوق – جامعة
الحسن الأول سطات

خصوصيات الطعن بالاستئناف في الأحكام القضائية الصادرة في قضايا التحفيظ العقاري

Peculiarities of Appeal appeal of judicial decisions issued in real estate conservation cases

مقدمة:

لما كانت طرق الطعن في المقررات القضائية هي تلك الوسائل التي حددها القانون على سبيل الحصر، والتي بمقتضاها يتمكن الخصوم من التظلم من الأحكام الصادرة عليهم بقصد إعادة النظر فيما قضت به[1089]، فإن أهميتها تظهر باعتبارها وسائل فنية خولها القانون للأفراد للدفاع عن حقوقهم ومصالحهم والتظلم من الحكم، سواء أمام نفس المحكمة المصدرة له، أو أمام محاكم أعلى درجة.

وتنقسم الطعون في الأحكام والقرارات القضائية، الى طرق طعن عادية، وأخرى غير عادية.

فالطعون العادية في التشريع المغربي هي التعرض[1090] والاستئناف[1091]، أما طرق الطعن غير العادية فهي تعرض الغير الخارج عن الخصومة[1092] والنقض[1093] والطعن بإعادة النظر[1094].

[1089]. أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الثالثة السنة 1977، ص: 705 وما يليها.

[1090]. الفصول من 130 الى 133 من ق.م.م.

[1091]. الفصول من 134 الى 146 وكذا الفصول من 328 الى 351 من ق.م.م.

[1092]. الفصول من 303 الى 305 من ق.م.م.

[1093]. الفصول من 353 الى 385 من ق.م.م.

[1094]. الفصول من 402 الى 410 من ق.م.م.

غير أنه بالرجوع الى ظهير التحفيظ العقاري[1095]، يلاحظ أن المشرع نص على قابلية المقررات القضائية الصادرة في مادة التحفيظ لطريقين من طرق الطعن، وهما: الطعن بالاستئناف والطعن بالنقض، مستبعدا باقي طرق الطعن الأخرى، وذلك طبقا للفصل 106 منه و الذي نسخ و عوض بالقانون رقم 14.07، و مما جاء في منطوقه " لا تقبل الأحكام الصادرة في مادة التحفيظ العقاري الطعن إلا بالاستيناف والنقض".

و إذا كان حصر طرق الطعن في الأحكام و القرارات القضائية الصادرة في مادة التحفيظ العقاري في الطعن بالاستئناف و النقض، يعد من أهم الخصوصيات المميزة لهذه القضايا، فإن هذه الخصوصية تزداد حينما يتعلق الأمر بالطعن بالاستئناف –باعتباره الموضوع الذي يهمنا في هذه الدراسة-. ذلك أن المشرع العقاري و في سياق تنظيمه لهذه الوسيلة من طرق الطعن خصه بأحكام و شكليات تختلف عن تلك المضمنة في قانون المسطرة المدنية[1096]، و ذلك بموجب الفصول 40 الى 45 من ظهير التحفيظ العقاري، غير أن هذا التنظيم لم يكن مستقلا عن مقتضيات القانون الاجرائي العام، وإنما أحال عليه في بعض مقتضياته، وذلك بموجب الفصل 41 من ظ.ت.ع، وهو ما عمق وزاد من حدة هذه الخصوصيات، خاصة في الحالات التي التزم فيها هذا الظهير الصمت، كما أنه بالمقابل لم تتم الإحالة بشأنها على قانون المسطرة المدنية، الأمر الذي خلق تضاربا فقهيا و قضائيا بخصوص بعض الاشكالات المسكوت عنها ، مما يطرح التساؤل حول مدى كفاية المقتضيات القانونية المضمنة في ظهير التحفيظ العقاري لمعالجة مختلف الخصوصيات المميزة للطعن بالاستئناف في الأحكام الصادرة في دعوى التعرض على مطلب التحفيظ؟ أم أنها في حاجة للرجوع لتلك المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية؟

للبحث في مختلف الخصوصيات التي يثيرها الطعن بالاستئناف في الأحكام القضائية الصادرة في قضايا التحفيظ العقاري، وإجابة على التساؤل المحوري موضوع هذه الدراسة، سنعمل على تقسيم هذا الموضوع، وفق منهج تحليلي الى مطلبين: المطلب الأول: خصوصية

[1095]. الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) الذي غير و تمم بالظهير الشريف رقم 1.11.177 الصادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 14/07 المغير و المتمم بمقتضاه الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12غشت 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري، الجريدة الرسمية عد 5998، بتاريخ 27 ذي الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص:5575.

[1096]. الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر بتاريخ 13 رمضتن 1394 (30 شتنبر 1974)، ص:2742.

قواعد استئناف الحكم الصادر في مادة التحفيظ العقاري. المطلب الثاني: خصوصيات شكليات المقال الاستئنافي.

المطلب الأول: خصوصية قواعد استئناف الحكم الصادر في مادة التحفيظ العقاري:

فتح المشرع العقاري باب الطعن بالاستئناف في قضايا التحفيظ العقاري لكل طرف تضرر من الحكم الصادر ضده، فللمتعرض الذي قضى الحكم ضده بعدم صحة تعرضه، أو لطالب التحفيظ الذي صدر الحكم أيضا ضده و لفائدة المتعرض، أن يتقدما بطلب الاستئناف وفق خصوصيات تتماشى و طبيعة هذه القضايا، و التي تختلف عن تلك الواردة في قانون المسطرة المدنية، ذلك أن الطعن بالاستئناف في مادة التحفيظ لا يخضع لقاعدة النصاب المنصوص عليها في الفصل 19 من ق.م.م، و هو ما يترتب عنه أن الحكم الصادر عن محكمة البداية يعتبر دائما قابلا للاستئناف، حتى و لو قلت قيمة العقار عن مبلغ النصاب المحددة بموجب الفصل المذكور (الفقرة الأولى)، مع بعض الخصوصيات على مستوى آجل تقديم الاستئناف (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: قابلية الاحكام الصادرة في دعوى التحفيظ للطعن بالاستئناف كيفما كانت قيمة العقار.

ينص الفصل 19 من قانون المسطرة المدنية[1097] على أنه "تختص المحاكم الابتدائية بالنظر:

-ابتدائيا، مع حفظ حق الاستيناف أمام غرف الاستينافات بالمحاكم الابتدائية، إلى غاية عشرين ألف درهم (20.000 درهم)؛

-و ابتدائيا، مع حفظ حق الاستيناف أمام المحاكم الاستينافية، في جميع الطلبات التي تتجاوز عشرين ألف درهم (20.000 درهم)؛

- يبت ابتدائيا طبقا لأحكام الفصل 12 أعلاه، مع حفظ حق الاستيناف أمام المحاكم الاستينافية."

فالثابت من خلال هذا النص العام أنه يبين الاختصاص القيمي الذي على أساسه يحدد نطاق اختصاص المحكمة، و من تم فإن المعيار الأساسي في اسناد الاختصاص للمحكمة الابتدائية للبت ابتدائيا في النزاع مع حفظ حق الاستئناف أمام غرفة الاستئناف بذات المحكمة

[1097]. عدل هذا الفصل بموجب القانون رقم 3510 منشور بالجريدة الرسمية عدد 5975 بتاريخ 06 شوال 1432 (5 سبتمبر 2011)، ص:4386 و ما بعدها.

TEL + 212 771394949 www.allbahit.com Majalatlbahit2017@gmail.com

هو قيمة الطلب و المحدد في مبلغ (20.000) درهم، و ما زاد عن هذا المبلغ يجعل الاختصاص منعقدا لمحكمة الاستئناف.

غير أنه بالرجوع لظهير التحفيظ العقاري، نجد أن المشرع لا يعتد بالقيمة المالية لتحديد مناط اختصاص محكمة التحفيظ طالما أن موضوع دعوى التحفيظ العقاري يكون المطالبة بحق عيني وليس حق شخصي يهم المطالبة بمبلغ مالي معين، وتطبيقا لهذه الخصوصية، جاء في الفقرة الأولى من الفصل 41 من نفس الظهير، على أنه "يقبل الاستئناف في موضوع التحفيظ مهما كانت قيمة العقار المطلوب تحفيظه".

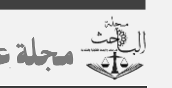
وتأسيسا على ذلك، يتضح أن ظهير التحفيظ العقاري يقر مبدأ التقاضي على درجتين، أي أمام المحكمة الابتدائية، وفي حالة الاستئناف يعرض النزاع أمام محكمة الاستئناف، وذلك مهما كانت قيمة العقار، وحتى ولو كان قيمته تقل عن مبلغ (20.000) درهم، و إن كان يصعب عمليا تصور وجود عقار تقل قيمته عن المبلغ المذكور.

الفقرة الثانية: خصوصية أجل تقديم الطعن بالاستئناف.

معلوم أن من شروط قبول الطعن بالاستئناف في الحكم الابتدائي أن يقدم داخل الأجل القانوني، وقد حدد قانون المسطرة المدنية هذا الأجل بموجب الفصل 134 منه ومما جاء في فقرته الثانية ما يلي "يجب أن يقدم استئناف أحكام المحاكم الابتدائية خلال ثلاثين يوما ..."، كما بين هذا القانون مختلف المقتضيات المتعلقة بمضاعفة هذا الأجل ووقفه، وذلك بمقتضى الفصول من 136 الى 139 منه.

غير أنه بالرجوع الى الفصل 40 من ظ.ت.ع[1098] كما تم تعديله و تتميمه بموجب القانون رقم 14.07، نستبين أن المشرع قد أحال بخصوص شرط الأجل على قانون المسطرة المدنية، أي الفصل 134 و ما بعده، و من تم فإن أجل استئناف الأحكام الابتدائية الصادرة في دعاوى

[1098]. ينص الفصل 40 من ظ.ت.ع على أنه "بمجرد صدور الحكم وقبل انصرام ثمانية أيام، يبلغ ملخصه إلى طالب التحفيظ وإلى جميع المتعرضين وفق الشكل المقرر في قانون المسطرة المدنية. يمكن استئناف هذا الحكم داخل الأجل المحدد في نفس القانون".



التحفيظ العقاري هو ثلاثون يوما، تبتدئ من تاريخ التبليغ التلقائي[1099] الواقع الى طرفي الدعوى، و هما طالب التحفيظ و المتعرض، و ذلك وفق الشكل المقرر في قانون المسطرة المدنية، وفي هذا السياق جاء في قرارلمحكمة النقض[1100] أن "أجل الطعن بالاستئناف في الاحكام الصادرة في قضايا التحفيظ العقاري هو ثلاثون يوما"[1101]، و جاء في قرار آخر مماثل لنفس المحكمة ما يلي "لكن حيث أن الطاعن لم يبين الإجراءات الشكلية الواجب تو افرها في شهادة التسليم، و أن شهادة التسليم المعتمدة من طرف المحكمة مصدرة القرارالمطعون فيه لازالت مدرجة بالملف،وأن إجراء بحث إنما هو إمكانية مخولة لسلطة المحكمة لا تقوم به إلا إذا كان ضروريا للفصل في النزاع و أنه بمقتضى الفصل 40 من ظهير 1913/08/12الذي أحال على الفصل 226 من ق.م.م القديم الذي حل محله الفصل 134 من ق.م.م الجديد الذي حدد آجال استئناف أحكام المحاكم الابتدائية في أجل شهرواحد من تاريخ تبليغ الحكم الابتدائي دون تفرقة بين الأحكام الصادرة في قضايا التحفيظ وغيرها، ولذلك فإن القرار حين علل بأن "الثابت من وثائق الملف الابتدائي أن المستأنف ومن خلال شهادة التسليم أنه بلغ بنسخة من الحكم الابتدائي المطعون فيه شخصيا وكان ذلك بتاريخ 2003/12/15 ووقع على ذلك كما أشار إلى ذلك العون المكلف بالتبليغ،وأنه تقدم بمقال الطعن بالاستيناف بواسطة محاميه ضد الحكم المشار إليه بتاريخ 2004/05/06 كماهو ثابت من خلال تأشيرة كتابةالضبط، مما يكون معه الاستيناف قدم بعد انصرام أجل ثلاثين يوما من وقوع التبليغ وخرقا لمقتضيات الفصل 134 من ق.م.م، فإنه نتيجة لماذكركله يكون القرارغيرخارق للفصول المشارإليها وما بالسببب التالي غيرجدير بالاعتبار"[1102].

[1099]. ذلك أن من خصوصيات المرحلة القضائية لمسطرة التحفيظ العقاري، أن التبليغ يجب أن يتم داخل أجل 8 أيام من تاريخ صدور الحكم و يتم التبليغ وفقا للشكل المقرر في قانون المسطرة المدنية، و ذلك طبقا لمقتضيات الفصل 40 من ظ.ت.ع المشار إله أعلاه.

[1100]. حلت عبارة "محكمة النقض" محل عبارة "المجلس الأعلى" بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.11.170، الصادر في 27 من ذي القعدة 1432 (2011/10/25)، بتنفيذ لقانون رقم 58.11 المتعلق بمحكمة النقض المغير بموجبه الظهير الشريف رقم 1.57.223 الاصدر في 2 ربيع الأول 1377 (1957/9/27) بشأن المجلس الأعلى، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5989 مكرر، بتاريخ 28 ذو القعدة 1432 (2011/10/26)، ص:5228.

[1101]. قرار صادر عن غرفتين بمحكمة النقض تحت عدد 1/461 بتاريخ 2015/07/28 في الملف عدد 14/1/1/6، منشور بمجلة المناظرة، عدد 19 و 20، ص:295 و ما يليها.

[1102]. قرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 3631 بتاريخ 2007/11/07.



وإذا كان الفصل 136 من ق.م.م قد نص على مضاعفة الآجال ثلاث مرات لمصلحة الأطراف الذين ليس لهم موطن ولا محل إقامة بالمملكة، فإن التساؤل يثار حول مدى إمكانية تطبيق هذا المقتضى على قضايا التحفيظ العقاري، خاصة أمام إحالة الفصل 40 من ظ.ت.ع على الفصل 136 المذكور؟

اعتقد أن المشرع العقاري لم يكن موفقا في هذه الإحالة، طالما أن الفصل 136 من قانون المسطرة المدنية يتعارض من جهة مع مقتضيات الفصل 26[1103] من القرار الوزيري المؤرخ في 03 يونيو 1915 الذي يلزم أطراف دعوى التعرض على مطلب التحفيظ بضرورة تعيين محل للمخابرة بدائرة المحكمة التي يوجد بدائرته العقار موضوع مطلب التحفيظ، و ذلك في الحالة التي لم يكن لديهم موطن بها، كما أنه يتعارض من جهة أخرى مع مقتضيات الفصلين 13[1104] و

[1103]. ينص الفصل 26 من القرار الوزيري المؤرخ في 03 يونيو 1915 على أنه "كل طالب و كل متدخل أو متعرض و كل شخص يطلب في اسمه القيام أو تقييد في السجلات العقارية يجب عليه لزوما تعيين موطن للمخابرة معه بمقر المحافظة إذا لم يكن موطنه الفعلي بدائرة المحافظة المذكورة، فإذا لم يقم بذلك فإن جميع الاعلامات و التبليغات توجه له الى النيابة العامة و يكفي ذلك لاعتبارها صحيحة".

[1104]. ينص الفصل 13 من ظ.ت.ع على أنه "يقدم طالب التحفيظ للمحافظ على الأملاك العقارية، مقابل وصل يسلم له فورا، مطلبا موقعا من طرفه أو ممن ينوب عنه بوكالة صحيحة، يتضمن لزوما ما يلي:

1 –اسمه الشخصي والعائلي وصفته ومحل سكناه وحالته المدنية وجنسيته وإن اقتضى الحال اسم الزوج والنظام المالي للزواج أو كل اتفاق تم طبقا لمقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة، ويتضمن في حالة الشياع نفس البيانات المذكورة أعلاه بالنسبة لكل شريك مع التنصيص على نصيب كل واحد منهم، وإذا كان طالب التحفيظ شخصا اعتباريا فيجب بيان تسميته وشكله القانوني ومقره الاجتماعي واسم ممثله القانوني؛

2 –تعيين عنوان أو موطن مختار في الدائرة الترابية التابعة لنفوذ المحافظة العقارية الموجود بها الملك، إذا لم يكن لطالب التحفيظ محل إقامة في هذه الدائرة؛

3 –مراجع بطاقة التعريف الوطنية أو أي وثيقة أخرى تعرف بهويته، عند الاقتضاء؛

4 –وصف العقار المطلوب تحفيظه ببيان البناءات والأغراس الموجودة به ومشتملاته ونوعه وموقعه ومساحته وحدوده والأملاك المتصلة والمجاورة له وأسماء وعناوين أصحابها، وإن اقتضى الحال الاسم الذي يعرف به العقار؛

5 –بيان أنه يحوز كل العقار أو جزءا منه مباشرة أو عن طريق الغير، وفيما إذا انتزعت منه الحيازة، يتعين بيان الظروف التي تم فيها ذلك؛

6 –تقدير القيمة التجارية للعقار وقت تقديم المطلب؛

7 –بيان الحقوق العينية العقارية المترتبة على الملك مع التنصيص على أصحاب هذه الحقوق بذكر أسمائهم الشخصية والعائلية، وصفاتهم، وعناوينهم وحالتهم المدنية وجنسيتهم وإن اقتضى الحال اسم الزوج والنظام المالي للزواج أو كل اتفاق تم طبقا لمقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة؛

8 –بيان أصل التملك.

إذا كان طالب التحفيظ لا يستطيع التوقيع أو يجهله، فإن المحافظ على الأملاك العقارية يشير إلى ذلك ويشهد بأن مطلب التحفيظ قد قدم إليه من طرف المعني بالأمر بعد أن يتحقق من هويته".

25[1105] من ظ.ت.ع، اللذين ألزما أيضا كل من طالب التحفيظ و المتعرض بتعيين موطن مختار في الدائرة الترابية التابعة لنفوذ المحافظة العقارية التي يتواجد بها العقار موضوع مطلب التحفيظ، و من تم تبقى الإحالة على مقتضيات الفصل 136 من ق.م.م، عديمة الجدوى، ما دام أن ظهير التحفيظ العقاري ألزم الأطراف بتعيين موطن مختار بدائرة محكمة التحفيظ و المحافظة العقارية التابعة لها، حتى و لو كان أحد الأطراف أو هما معا، ليس له موطن و لا محل إقامة بالمملكة، و تطبيقا لهذه الخصوصية جاء في قرار صادر عن محكمة النقض ما يلي "... بموجب الفصل 26 من القرار الوزيري المؤرخ في 1915/06/03 بشأن تحديد تفاصيل تطبيق نظام التحفيظ العقاري المطبق في النازلة، فإن التبليغات التي توجه الى النيابة العامة تعتبر صحيحة في حالة ما إذا لم يعين الأطراف موطنا للمخابرة بمقر المحافظة العقارية ..."[1106].

كما أنه تفعيلا لنفس الخصوصية ،جاء في قرار آخر لمحكمة النقض ما يلي " لكن ردا على الوسيلة، فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه ر اقبت سلامة التبليغ من عدمه و اعتمدت على شهادة التسليم ولم تعتبر شهادة رئيس كتابة الضبط، و انتهت وهي تنظر في التبليغ إلى صحة هذا الأخير، و أن ما ورد بالوسيلة من مناقشة تتعلق بموضوع النزاع لا مجال للرد عليها لكون القرار المطعون فيه لم يتطرق لموضوع النزاع، و إنما اكتفى بالتصريح بعدم قبول الاستئناف شكلا، ولذلك ولما للمحكمة من سلطة في تقييم الأدلة و استنتاج قضائها منها، فإنها حين عللت

[1105]. ينص الفصل 25 من ظ.ت.ع على أنه "تقدم التعرضات عن طريق تصريح كتابي أو شفوي إما للمحافظ على الأملاك العقارية، وإما للمهندس المساح الطبغرافي المنتدب أثناء إجراء التحديد. تضمن التصريحات الشفوية للمتعرض، بحضوره في محضر يحرر في نسختين تسلم إليه إحداهما.

إن التصريحات والرسائل المحررة للغرض المشار إليه سابقا يجب أن تبين فيها هوية المتعرض، حالته المدنية، عنوانه الحقيقي أو المختار، اسم الملك، رقم مطلب التحفيظ، طبيعة ومدى الحق موضوع النزاع، بيان السندات والوثائق المدعمة للطلب.

يجب على المتعرضين أن يودعوا السندات والوثائق المثبتة لهويتهم والمدعمة لتعرضهم ويؤدوا الرسوم القضائية وحقوق المرافعة أو يدلوا بما يفيد حصولهم على المساعدة القضائية وذلك قبل انصرام الشهر الموالي لانتهاء أجل التعرض.

يمكن أن تسلم لطالبي التحفيظ والمتدخلين في المسطرة، بطلب منهم، صور شمسية للوثائق المدلى بها من طرف المتعرضين.

يقوم المحافظ على الأملاك العقارية بتضمين التعرضات المقدمة وفق الشروط المنصوص عليها أعلاه في سجل خاص يدعى "سجل التعرضات."

إذا كان التعرض لا يتعلق إلا بجزء من العقار لم يتيسر تحديده بكيفية صحيحة أثناء إجراء عملية التحديد حسبما هو منصوص عليه في الفصل 20 تباشر هذه العملية على نفقة المتعرض.

إذا تعذر تحديد الجزء محل النزاع، فإن المحافظ على الأملاك العقارية يحيل المطلب على المحكمة الابتدائية، ويمكن للقاضي المقرر الذي أحيل عليه الملف أن ينجز هذا التحديد طبقا لمقتضيات الفصل 34 من هذا القانون".

[1106]. قرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 153 بتاريخ 15 يناير 2003 في الملف عدد 02/750، منشور بمقتضيات ظهير التحفيظ العقاري على ضوء قرارات المجلس الأعلى، ص:67.

قرارها بأنه: زال ثابت من وثائق ملف التبليغ عدد 96/96 و خاصة شهادة التسليم أن (.....) توصل بالحكم بواسطة (.....) بتاريخ 1996/12/11 بواسطة العون (.....) عن طريق مساعده (.....) و موقع عليه من طرف من تسلم (.....) مع إثبات الهوية برقم البطاقة الوطنية و بالعنوان الذي تقدم به للإقامة التعرض لدى المحافظ و المبين أيضا في نسخة الحكم و بالتالي فإن مقتضيات الفصلين 38 و 39 من قانون المسطرة المدنية متوفرة في شهادة التسليم مما يبقى معه الطعن في التبليغ غير جدي ولا يوجد سند يدعمه، وان الثابت بعد ضم نسخة طبق الأصل لملف التبليغ، أن المستأنف بلغ يوم 1996/11/13 بالحكم المستأنف ولم يتقدم بمقاله إلا يوم 09 /2002/01، مما يكون معه المقال الاستئنافي مقدم خارج الأجل ويتعين القول بعدم قبوله شكلا، فإنه نتيجة لما ذكر كله يعتبر القرار معللا و غير خارق للفصول المستدل بها على النقض"[1107].

و الجدير بالملاحظة، أن هناك بعض الحالات التي يستعصي معها سريان أجل الاستئناف المذكور، و هي الحالات المنصوص عليها تباعا في الفصول 137[1108]، 138[1109] و 139[1110] من ق.م.م، و تتعلق بحالة وفاة أحد الأطراف أو وقوع تغيير في أهليته، حيث يتوقف أجل الاستئناف ولا يبتدئ سريانه من جديد إلا بعد 15 يوما من تبليغ الحكم لمن لهم الصفة في هذا التبليغ، إذ تضاف المدة السابقة على الوقف الى المدة اللاحقة له.

غير أن تطبيق هذه المقتضيات في قضايا التحفيظ العقاري، و المشمولة بالإحالة المنصوص عليها في الفصل 40 من ظ.ت.ع السالف الذكر، يثير العديد من الإشكالات خاصة أمام الخصوصيات المميزة لهذه القضايا، ذلك أن الاجتهاد القضائي لم يستقر على رأي واحد و

[1107]. قرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 3625 بتاريخ 2007/11/07 في الملف عدد 2006/1/1/801، قرار أورده عمر أزوكار، مستجدات التحفيظ العقاري في ضوء قانون 14.07 ومدونة الحقوق العينية، منشورات دار القضاء بالمغرب، الطبعة الأولى 2012، ص:225.

[1108]. ينص الفصل 137 من ق.م.م على "توقف وفاة أحد الأطراف آجال الاستيناف لصالح ورثته ولا تقع مواصلتها من جديد إلا بعد مرور خمسة عشر يوما التالية لتبليغ الحكم للورثة بموطن الشخص المتوفى طبقا للطرق المشار إليها في الفصل 54. يمكن أن يقع هذا التبليغ إلى الورثة وممثليهم القانونيين جماعيا دون تنصيص على أسمائهم وصفاتهم".

[1109]. ينص الفصل 138 من ق.م.م على "يمكن أن يقع تبليغ وثيقة الاستيناف في الحالة المشار إليها في الفصل 137 طبقا للطرق وللأشخاص المعينين بنفس الفصل .

غير أن المستأنف لا يمكن أن يواصل استينافه إلا بعد التبليغ لكل واحد من الورثة وممثله القانوني بموطنه".

[1110]. ينص الفصل 139 من ق.م.م على "إذا وقع أثناء أجل الاستيناف تغيير في أهلية أحد الأطراف أوقف الأجل ولا يبتدئ سريانه من جديد إلا بعد خمسة عشر يوما من تبليغ الحكم لمن لهم الصفة في تسلم هذا التبليغ".

TEL + 212 771394949 www.allbahit.com Majalatlbahit2017@gmail.com

موحد وعرف تضاربا بخصوص مواصلة الدعوى في حالة وفاة أحد طرفي الدعوى، إذ في توجه أول له، ذهب الى رفض تطبيق قواعد المسطرة المدنية لتصحيح المسطرة في حالة الوفاة على قضايا التحفيظ العقاري، و من تم فإذا توفي أحد طرفي الدعوى من طالب التحفيظ أو المتعرض، فإن المحكمة تستمر في الإجراءات و مناقشة القضية على حالتها لتصدر حكمها بصحة التعرض أو عدم صحته، و ترجع الملف الى المحافظ على الأملاك العقارية الذي له الصلاحية لتصحيح الحالة الناشئة عن وفاة أحد الأطراف، و تكريسا لهذه الخصوصية قضت محكمة النقض بما يلي "و حيث إن المحكمة تبت فقط في الملف على الحالة التي وجه بها الملف من طرف المحافظ ،و أنه في حالة وفاة أحد أطراف النزاع فإن المحكمة تستمر في مناقشة القضية و ترجع الملف إلى المحافظ بعد الحكم الذي يصحح الحالة الناشئة عن وفاة أحد الأطراف ممن يعنيهم الأمر، و أن المحكمة التي طبقت الفصل 117 من ق.م.م على قضايا التحفيظ تكون قد عللت قضاءها تعليلا فاسدا ..."[1111]، و جاء في قرار آخر صادر عن نفس المحكمة ما يلي "... إن محكمة التحفيظ تبت في القضايا المعروضة عليها كما أحالها عليها المحافظ، و ترجعها إليه بعد أن يصبح الحكم نهائيا، لتنفيذ ما قضت به و يصحح الحالة الناشئة عن وفاة أحد أطراف الدعوى بطلب من يعنيهم الأمر، و أن الفصل 115 من ق.م.م المتعلق بإدخال ورثة أحد أطراف الدعوى، لا يطبق أمام محكمة التحفيظ، التي يتعين عليها أن تبت في القضية المحالة عليها من طرف المحافظ، و أن المحكمة التي قضت بإلغاء الحكم المستأنف و بعد التصدي الحكم بعدم

[1111]. قرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 3590 بتاريخ 1995/07/04 في الملف المدني عدد 91/2929، قرار أشار إليه عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى في التحفيظ خلال أربعين سنة، م.س، ص:290.

أنظر في نفس السياق والتوجه:

- القرار الصادر عن محكمة النقض تحت عدد 545 بتاريخ 1976/06/29 في الملف المدني عدد 50843، قرار غير منشور.
- القرار الصادر عن محكمة النقض تحت عدد 3590 بتاريخ 1995/07/04 في الملف المدني عدد 91/2929، قرار أشار إليه عبد الصادق مهلاوي، الإشكالات الإجرائية الناتجة عن البث في التعرضات أمام قضاء التحفيظ العقاري، مقال منشور بالمجلة المغربية للاقتصاد و القانون المقارن، العدد 62، السنة 2008، ص:260 و ما يليها.
- القرار الصادر عن محكمة النقض تحت عدد 4375 بتاريخ 2010/10/19 في الملف المدني عدد 2009/1/389، قرار غير منشور.

قبول الطلب، بعلة أن مورث المستأنفين توفي أثناء نظر الدعوى، ولم يصحح المستأنف عليه المسطرة بإدخال ورثة الهالك، تكون قد عللت قضاءها تعليلا فاسدا وعرضته للنقض"[1112].

غير أن هذا التوجه القضائي يصطدم مع مقتضيات الفقرة الأولى من الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية و التي تنص على أنه "لا يصح التقاضي إلا ممن له الصفة و الأهلية و المصلحة لإثبات حقوق" طالما أن الأهلية تتعدم بالوفاة، و من تم لا يعقل أن تعتبر محكمة التحفيظ أن أطراف دعوى التحفيظ من طالب التحفيظ والمتعرض حيا رغم موته، وإنما عليها أن ترجع الملف الى المحافظ قصد تصحيح الوضعية الناشئة عن الوفاة، وهذا ما سارت عليه محكمة النقض، ومما جاء في قرارها "إن محكمة التحفيظ تبت في القضايا العقارية المعروضة عليها، كما أحالها عليها المحافظ على الأملاك العقارية، و ترجعها إليه بعد أن يصحح الحالة الناشئة عن وفاة أطراف الدعوى بطلب ما يعنيهم الأمر"[1113].

غير أنه بالنظر لمساوئ هذا الإتجاه، وما يثيره من مشاكل عملية خاصة على مستوى إطالة آمد النزاع، و من أجل تجاوز سلبيات إرجاع الملف الى المحافظ على الأملاك العقارية قصد تصحيح الوضعية الناشئة عن الوفاة، تبنت محكمة النقض توجها آخر، مؤداه أن الطعن يعتبر كالدعوى و لا يرفع ضد ميت، و من تم فالمتوفي يعتبر غير ذي أهلية للتقاضي، و يتعين على المحكمة أن تنذر الطرف لتصحيح المسطرة داخل أجل تحدده و ذلك طبقا لمقتضيات الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية، وفي هذا الإطار جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي "إن شرط توفر الأهلية و الصفة في تقديم الطعون في الأحكام و القرارات من طرف الخصوم أو ضدهم،تعتبر من النظام العام، يثار تلقائيا و لو تعلق الأمر بمسطرة التحفيظ و أنه لا يجوز التمسك في خصوصية هذه النازلة، بمقولة أنه إذا توفي أحد الأطراف أثناء المسطرة، فإن المحكمة يجب عليها أن تستمر في الإجراءات لتصدر حكمها بصحة التعرض أو عدم صحته، إذ أن الأمر يتعلق بشرط من النظام العام"[1114]، وجاء في قرار آخر لنفس المحكمة على أنه "بمقتضى الفصل الأول

[1112]. قرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 3590 بتاريخ 1995/07/04 في الملف عدد 91/2929، قرار أورده عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى في التحفيظ خلال أربعين سنة، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1999، ص:288.

[1113]. قرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 348 بتاريخ 1995/02/01 في الملف المدني عدد 87/4612، قرار أورده عبد العزيز توفيق، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى في التحفيظ خلال أربعين سنة، م.س، ص:281.

[1114]. قرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 152 بتاريخ 1996/01/09 في الملف عدد 91/3918، منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى المادة المدنية، 58-95، ص:291 و ما يليها.

من قانون المسطرة المدنية، يتعين على المحكمة أن تنذر الطرف بتصحيح المسطرة داخل أجل تحدده له، ... و إن المحكمة ردت استئناف الورثة الذين لم يدلوا برسم الإراثة دون أن تنذرهم بذلك، تكون قد خرقت الفصل المذكور، و عرضت قرارها للنقض"[1115]، و نفس التوجه سارت فيه بعض محاكم الموضوع.

هذا و لا بد من التأكد على أن أجل الطعن بالاستئناف في الأحكام الصادرة في قضايا التحفيظ القعاري يعتبر أجلا كاملا عملا بمقتضيات الفصل 107[1116] من ظ.ت.ع، الذي أحال على الفصل 512 من ق.م.م و الذي ينص على أنه "تكون جميع الآجال المنصوص عليها في هذا القانون كاملة فلا يحسب اليوم الذي يتم فيه تسليم الاستدعاء أو التبليغ أو الإنذار أو أي إجراء آخر للشخص نفسه أو لموطنه و لا اليوم الأخير الذي تنتهي فيه.

إذا كان اليوم الأخير يوم عطلة امتد الأجل إلى أول يوم عمل بعده".

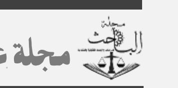
و عن كيفية احتساب الأجال المنصوص عليه في هذا الفصل، جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي "إن أجل الطعن لا تخصم منه أيام العطل التي تتخلله، و إنما بسند الفصل 512 من قانون المسطرة المدنية، فإنه إذا كان اليوم الأخير يوم عطلة، امتد إلى أول يوم عمل بعده، و بحكم أن يوم فاتح ماي الذي هو عطلة لم يصادف اليوم الأخير في الأجل و كذا الشأن بالنسبة ليومي السبت و الأحد، فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما لم تخصمهم من الأجل و اعتبرت بعد احتساب الأجل الكامل أن الطعن بالاستئناف قدم خارج الأجل القانوني، تكون قد عللت قرارها تعليلا سائغا قانون"[1117].

و مما تجدر الإشارة إليه، و نحن بصدد دراسة أجل الطعن بالاستئناف في نزاعات التحفيظ العقاري، أن عدم احترام هذا الآجل يسقط الحق فيه و ذلك على غرار ما هو منصوص عليه في

[1115]. قرار صادر محكمة النقض تحت عدد 5299 ملف مدني عدد 94/4827 بتاريخ 1997/09/10، أشار إليه عبد العزيز توفيق، م.س، ص:334.

[1116]. ينص الفصل 107 من ظ.ت.ع، كما عدل و تمم بالقانون رقم 14.07 على " إن جميع الآجال المنصوص عليها في هذا القانون هي آجال كاملة، وتحسب وفق القواعد المقررة في الفصل 512 من قانون المسطرة المدنية".

[1117]. قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 2016/02/23 تحت عدد 111 في الملف عدد 2015/4/1/784، منشور بنشرة قرارات محكمة النقض الغرفة المدنية، الجزء السابع و العشرون، ص:114 و ما يليها.



الفصل 511 من ق.م.م، الذي جاء فيه أنه "تحترم جميع الآجال المحددة بمقتضى هذا القانون لممارسة أحد الحقوق وإلا سقط الحق".

وتأسيسا على ذلك فعدم التقيد بممارسة الطعن خلال الأجل المقرر يسقط الحق فيه، وهذا راجع بالأساس الى كون الآجال متعلقة بالنظام العام، تثيرها محكمة التحفيظ تلقائيا، ولو لم يتمسك بها أحد، طالما أنها لا ترتبط بحقوق خاصة للأطراف، كما أنه بالمقابل لا يمكن لهؤلاء الاتفاق على مخالفتها، أو تعديلها إما بالزيادة أو النقصان.

المطلب الثاني: خصوصيات شكليات المقال الاستئنافي.

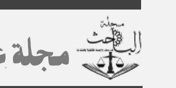
لما كان المقال الاستئنافي عبارة عن مقال مكتوب، يتضمن لزاما جميع البيانات المنصوص عليها بموجب الفصل 142 من ق.م.م، إلا ما استثني صراحة من ذلك[1118]، فإن مشرع ظهير التحفيظ العقاري لم يخص تنظيم المقال الاستئنافي في قضايا التحفيظ العقاري بتنظيم خاص، و إنما أحال فقط على مقتضيات الفصل 141 من ق.م.م دون الفصل 142 منه، و في هذا الإطار تنص الفقرة الثانية من الفصل 41 من ظ.ت.ع "على أنه يمكن رفع طلب الاستئناف على الكيفية المذكورة في الفصل 141 من ق.م.م ..."

إن الإحالة الواردة بالفصل 41 من ظ.ت.ع على مقتضيات الفصل 141 من ق.م.م بقدر ما كان الهدف منها رغبة المشرع في عدم إغراق مسطرة التحفيظ العقاري في شقها القضائي في شكليات إجرائية معقدة، بقدر ما زادت من حدة المشاكل المثارة بهذا الخصوص، لا سيما إذا علمنا أن المشرع استعمل في الفصل 41 المذكور عبارة تفيد الجواز والإمكان، وهي "يمكن" و لا تفيد الوجوب، الأمر الذي يجعلنا نتسائل عن مآل المقالات الاستئنافية المتعلقة بنزاعات التحفيظ العقاري التي لم تحترم مقتضيات الفصل 141 من ق.م.م؟ و بالمقابل مدى إمكانية تطبيق مقتضيات الفصل 142 من ق.م.م على هذه النزاعات؟.

هذا ما سنعرض لبعض جوانبه، من خلال الحديث عن الخصوصيات المميزة لشكليات المقال الاستئنافي في قضايا التحفيظ العقاري وفق التفصيل الأتي.

الفقرة الأولى: عدم إلزامية تقديم المقال الاستئنافي بواسطة محام.

[1118]. كما هو الشأن بالنسبة لإستئناف الأحكام الصادرة في القضايا الاجتماعية، ذلك أن الاستئناف يكفي تقديمه بتصريح لدى كتابة الضبط المحكمة الابتدائية أو بواسطة رسالة مضمونة و ذلك طبقا للفصل 287 من ق.م.م.



أول خصوصية مميزة للمقال الاستئنافي في قضايا التحفيظ العقاري، هو أنه لا يستلزم تقديمه بواسطة محام، وهذا في حقيقة الأمر راجع بالأساس الى شفوية المسطرة[1119] التي تطبع هذه القضايا، و التي لا تقدم فيها الدعوى بواسطة مقال افتتاحي، و في هذا الإطار فإذا كان الفصل 32 من قانون المحاماة[1120] قد حدد القضايا التي تحتاج تنصيب محام و هي جميع القضايا التي تكون فيها المسطرة كتابية، و هذه القضايا الحصرية لم يرد ضمنها نزاعات التحفيظ العقاري، مما يوحي أن هذه النزاعات تتطلب ضرورة تنصيب محام، غير أن العكس هو الصحيح، ذلك أنه باستقراء مقتضيات الفصول 35، 37، 42 و 44 من ظ.ت.ع، نستبين أنها لم تشر الى إلزامية تنصيب محام في هذه القضايا[1121]، وهو ما كرسته محكمة النقض في العديد من قراراتها، و مما جاء في أحدها ما يلي "... بناء على مقتضيات الفصل 42 من ظ.ت.ع، فإن للمستأنف حق تقديم أسباب الاستئناف شخصيا، دون ضرورة الحصول على الترخيص بذلك، أو تنصيب محام للدفاع عنه، حيادا على الفصل 34 من قانون المحاماة الذي لا يطبق على قضايا التحفيظ العقاري، فتكون المحكمة قد خرقت القانون، لما صرحت بعدم قبول الاستئناف لعدم احترام الإجراءات المنصوص عليها في الفصل 34 من القانون المذكور، وعرضت قرارها

[1119]. نص المشرع على شفوية المسطرة و ذلك بموجب الفصل 45 من ق.م.م، و مما جاء فيه "تطبق أمام المحاكم الابتدائية و غرف الاستينافات بها قواعد المسطرة الكتابية المطبقة أمام محاكم الاستيناف وفقا لأحكام الفصول 329 و331 و332 و334 و335 و336 و342 و344 الآتية بعده.

تمارس المحكمة الابتدائية ورئيسها أو القاضي المقرر، كل فيما يخصه، الاختصاصات المخولة حسب الفصول المذكورة لمحكمة الاستيناف ولرئيسها الأول أو للمستشار المقرر.

غير أن المسطرة تكون شفوية في القضايا التالية:

1 – القضايا التي تختص المحاكم الابتدائية فيها ابتدائيا وانتهائيا؛

2 – قضايا النفقة والطلاق والتطليق؛

3 – القضايا الاجتماعية؛

4 – قضايا استيفاء ومراجعة وجيبة الكراء؛

5 – قضايا الحالة المدنية"

[1120]. ينص الفصل 32 من قانون المحاماة لسنة 10 دجنبر 1993 كما وقع تعديله بالقانون 28.08.

[1121]. للتوسع حول هذا الموضوع، أنظر:

- عبد العالي العبودي، نظام التحفيظ العقاري و إشهار للحقوق العينية بالمملكة المغربية المركز الثاقفي العربي، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2003، ص:70.
- محمد بونبات، قوانين التحفيظ و التسجيل و التجزئة العقارية، منشورات كلية العلوم القانونية و الاجتماعية بمراكش، العدد 12، السنة الجامعية 1996-1997، ص:29.
- إبراهيم بحماني، تنفيذ الأحكام العقارية، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ، الطبعة الأولى 2001، ص:71.

للنقض"[1122]، وجاء في قرار آخر "بأن مسطرة التحفيظ العقاري خاصة ولم تورد في مقتضياتها ما يلزم الطرفين بتنصيب محام"[1123].

الفقرة الثانية: خصوصيات بيانات المقال الاستئنافي.

نظم مشرع قانون المسطرة المدنية البيانات التي يجب أن يتضمنها المقال الاستئنافي وذلك بمقتضى الفصل 142، وهي بيانات إلزامية بعضها يتعلق بالتعريف بأطراف النزاع، والبعض الآخر يتعلق بموضوع الطلب، والوقائع والوسائل المثارة، وتبعا لذلك يطرح التساؤل حول مدى إلزامية هذه البيانات بالنسبة للمقال الاستئنافي المقدم في قضايا التحفيظ العقاري؟ خاصة وأن الفصل 41 من ظ.ت.ع لم يحل على الفصل 142 المذكور، وبالتالي مدى إمكانية تطبيق هذا الفصل الأخير على قضايا التحفيظ العقاري؟.

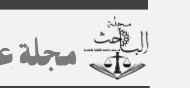
بداية، نؤكد أنه بالنظر لخصوصيات مسطرة التحفيظ العقاري في شقها القضائي، والتي تتسم بمرونة إجرائية تحقيقا للسرعة والفعالية، فإن المقال الاستئنافي في هذه القضايا يعتبر صحيحا، ولو لم يتضمن أسماء وصفات أطراف الاستئناف، وتطبيقا لهذه الخصوصية قضت محكمة النقض بما يلي "لا يلزم مقال الطعن بالاستئناف المرفوع ضد الحكم الصادر عن محكمة التحفيظ أن يتضمن البيانات المنصوص عليها في الفصل 142 من ق.م.م، لأنها مؤطرة بمقتضيات خاصة"[1124]، وجاء في قرار آخر لنفس المحكمة "حيث تبين أن القرار المطعون فيه قد تنحى عن الصواب حينما قضى بعدم قبول الاستئناف شكلا استنادا على مقتضيات الفصل 142 من قانون المسطرة المدنية الذي يوجب أن يتضمن المقال الأسماء الشخصية والعائلية لكل من المستأنف والمستأنف عليه، مع أن موضوع النزاع يتعلق بطلب تحفيظ عقار مما يحتم تطبيق مقتضيات الفصل 42 من ظهير 12 غشت 1913، بشأن التحفيظ العقاري والذي تعتبر تنصيصاته آمرة ..."[1125].

[1122]. قرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 695 بتاريخ 1983/11/03 في الملف المدني عدد 90621.

[1123]. قرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 147 بتاريخ 2003/01/15 في الملف عدد 02/1083، منشور بمقتضيات ظهير التحفيظ العقاري على ضوء قرارات المجلس الأعلى، ص:43.

[1124]. قرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 2489 بتاريخ 2008/07/02 في الملف عدد 06/2989، منشور بسلسلة الاجتهاد القضائي، العدد الثاني، ص:289 وما يليها.

[1125]. قرار محكمة النقض عدد 827 صادر بتاريخ 1985/04/03 في ملف مدني عدد 98/745، قرار أشار إليه عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى في التحفيظ خلال أربعين سنة، م.س، ص:153.



و تأسيسا على ذلك، فعدم ذكر أطراف النزاع و صفاتهم في عريضة الطعن بالاستئناف في مادة التحفيظ العقاري غير ضروري، طالما أن هؤلاء الأطراف محددين بملف التحفيظ و الوثائق المتعلقة به، و في هذا السياق جاء في قرار لمحكمة النقض بأن "... عدم ذكر المممثل القانوني للجماعة السلالية بمقال الاستئناف في قضايا التحفيظ العقاري، لا يفضي الى عدم قبول المقال، ما دام ملف التحفيظ يتضمن البيان المذكور"[1126]، و من تم، فلما كان النزاع يتعلق بالتعرض على مطلب التحفيظ، فإنه لا مجال للتقيد بالبيانات المتعلقة بالتعريف بأطراف النزاع التي يوجب الفصل 142 من ق.م.م توفرها في مقال الاستئناف[1127].

غير أن هذا التوجه منتقد من عدة نواحي، فمن جهة أولى، أن عدم تحديد أسماء الأطراف و هوياتهم بتفصيل من شأنه صدور مقررات قضائية يصعب تنفيذها و تفعيلها، كما أن هذا التوجه يصطدم بسؤالين أساسيين، أولهما من يستطيع رفع الاستئناف، و ثانيهما من يجب أن يوجه ضده هذا الاستئناف[1128]، بمعنى أن الطعن بالاستئناف يجب أن يمارس من طرف أشخاص يملكون هذا الحق، و هم محددون، و من تم يجب بيان أسماءهم و صفاتهم بمقتضى عريضة الاستئناف، كما أنه من جهة ثانية، فإن هذا التوجه منتقد على اعتبار أن بيان أطراف الاستئناف أمر ضروري، لمعرفة الطرف المتعرض و طالب التحفيظ مع ما يترتب على ذلك من أثار تتعلق بالاثبات الذي يختلف في بعض جوانبه عن القواعد العامة، فلو فرضنا أن ملفا يتضمن طرفين متعرضين، و قضى الحكم بعدم صحة أحد المتعرضين، و بصحة التعرض الأخر، فإنه تطبيقا

و جاء في قرار آخر "استئناف قضايا التحفيظ العقاري لا تخضع لأحكام الفصل 134 من ق.م.م و إنما لأحكام الفصلين 41 و 42 من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري، و أن المحكمة التي قضت بعدم قبول استئناف الطاعنين لمخالفته للفصل 134 من ق.م.م و اكتفائه بذكر اسم أحد المستأنفين و إضافة و من معه، تكون قد عللت قرارها تعليلا فاسدا لما طبقت فصلا غير مطبق على النازلة".

قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 1999/10/20 تحت عدد 4795 في الملف المدني عدد 95/3013، قرار أورده عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى في التحفيظ العقاري 1991–2002، م.س، ص:46 و 47.

[1126]. قرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 651 بتاريخ 2008/02/20 في الملف المدني عدد 05/2083، قرار منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 70، ص:39 وما يليها.

[1127]. قرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 827 بتاريخ 1985/04/03 في الملف المدني عدد 98745، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 39، ص:68 و ما يليها.

[1128]. عبد العزيز حضري، استئناف الأحكام المدنية في التشريع المغربي، الجزء الأول حق الاستئناف، مطبعة الأمنية الرباط، الطبعة الأولى 2009، ص:236.

لقاعدة عدم جواز استئناف هذا الحكم في مواجهة المتعرض المحكوم له بصحة تعرضه[1129]، فإن بيان أطراف الاستئناف و تحديد صفاتهم أمر واجب، لمعرفة الطرف المتعرض و طالب التحفيظ.

ومهما يكن من أمر، فإن هذا التوجه الذي يعد خصوصية هامة تميز قضايا التحفيظ العقاري يتماشى ومقتضيات الفصل 41 من ظ.ت.ع موضوع الدراسة، و الذي لم يحل على مقتضيات الفصل 142 من ق.م.م، رغبة من المشرع في عدم إغراق المسطرة القضائية للتحفيظ العقاري في الشكليات الإجرائية المضمنة في قانون المسطرة المدنية، تحقيقا للسرعة المطلوبة و تفاديا لإطالة أمد النزاع.

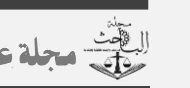
و أمام هذا الوضع، نتساءل عن مدى إمكانية تقديم مقال الاستئناف داخل الأجل القانوني دون أن يكون مشتملا على أسباب الاستئناف؟

إن الخصوصيات الإجرائية المميزة لمسطرة التحفيظ العقاري، فرضت أن تشتمل أيضا أسباب الاستئناف، ذلك أن عدم بيان هذه الأسباب لا يترتب عنه عدم قبول الاستئناف، و هذا ما درج عليه العمل القضائي، فجاء في قرار لمحكمة النقض بأن "ذكر الوقائع و الأسباب عند الاستئناف في مادة التحفيظ العقاري غير ضروري و لا يترتب عنه عدم القبول"[1130]، و جاء في قرار آخر بأنه "لا يترتب أي جزاء عن عدم مبادرة المستأنف لبيان أوجه استئنافه في مادة التحفيظ العقاري، لأن المسطرة في هذه المادة مسطرة خاصة"[1131]، بل الأكثر من ذلك و استنادا لنفس الخصوصيات، فإن تقديم الاستئناف داخل الآجل القانوني المتطلب دون إرفاقه بمذكرة بيان أوجه الاستئناف، لا يجرد هذا الاستئناف من صحته، و في هذ السياق جاء في قرار صادر عن محكمة النقض ما يلي "أن المستأنف أدلى بطلب استئنافه مؤرخ في 2003/06/08 غير مستوف للشروط المتطلبة قانونا و خاصة مبررات أوجه الاستئناف ... في حين أن الأمر يتعلق بمسطرة

[1129]. هذه القاعدة مكرسة قضائيا، ومما جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي "أن المحكمة التي قضت بعدم قبول استئناف المتعرض ضد متعوضين آخرين تكون قد طبقت القانون".
قرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 348 بتاريخ 1995/02/21، قرار أورده عبد العزيز توفيق، التشريع القضائي والضمانات، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، ط1، السنة 2012، ص:229.

[1130]. قرار صادرعن محكمة النقض تحت عدد 4219 بتاريخ 2007/12/26 في الملف عدد 7/1796، قرار منشور بمجلة الملف، عدد 13، ص:236 و ما يليها.

[1131]. قرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 2908 بتاريخ 2009/08/26 في الملف عدد 07/2271، قرار منشور بسلسلة الاجتهاد القضائي، عدد 2، ص:188 و ما يليها.



التحفيظ المنصوص عليها بظهير 1913/08/12 المطبق في النازلة و التي لا ترتب مقتضياتها على عدم بيان أسباب الاستئناف، عدم قبول هذا الأخير"[1132]، كما جاء في قرار آخر" ... بالنسبة للأحكام التي تصدر في إطار مسطرة التحفيظ يكفي أن يقدم التصريح بالاستئناف داخل الآجل، أما أسباب الاستئناف فإن الأجل يظل مفتوحا لتقديمها ... ما لم يوجه الى المستأنف إشعار بذلك ظل بدون جدوى"[1133].

و تأسيسا عليه، فإن ذكر الوقائع و الاستئناف عند الاستئناف في مادة التحفيظ العقاري، أمر غير ضروري، و لا يترتب عنه عدم القبول ما لم يقع إنذار او إشعار المستأنف بذلك، و تطبيقا لهذه الخصوصية جاء في قرار صادر عن محكمة النقض ما يلي " ... فيما يتعلق باستئناف الحكم الصادر عن دعوى التعرض على التحفيظ، فإن المستأنف لا يكون ملزما بإيداع أوجه استئنافه، إلا إذا وجه إليه اشعار بذلك من طرف المقرر طبقا للفصل 42 من ظ.ت.ع، و أن محكمة الاستئناف التي اعتبرت تاريخ الحكم لبيان أسباب الاستئناف، دون أن تبحث فيما إذا كان المقرر قد وجه الى المستأنف إنذارا بذلك، تكون قد أساءت تطبيق القانون"[1134].

و في حقيقة هذا الأمر، فإن هذا التوجه يحقق فائدة هامة لأطراف دعوى التعرض على مطلب التحفيظ، على اعتبار أن الفصل 40 من ظ.ت.ع جاء بخصوصية مميزة بهذا الشأن تتعلق بتبليغ ملخص الحكم الى طالب التحفيظ و الى جميع المتعرضين بمجرد صدوره و قبل انصرام أجل ثمانية أيام، و من تم كان لزاما انتظار إعدادهم لدفاعهم و تقديمهم لمستنتجاتهم، و يكون من المجحف حسب بعض الفقه[1135] إلغاء استئنافهم لعلة عدم تقديم مذكرة بيان أوجه الاستئناف في الوقت المحدد.

[1132]. قرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 3133 بتاريخ 2004/11/03 في الملف عدد 2003/1/3861، قرار غير منشور.

[1133]. قرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 1059 بتاريخ 1989/04/26 في الملف عدد 132، منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 142، ص:61 و ما يليها.

[1134]. قرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 1384 بتاريخ 1983/09/14 في الملف عدد 95317، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 33 و 34، ص:33 و ما يليها.

[1135]. محمد بونبات، نظام التحفيظ العقاري، دراسة في القوانين المرتبطة بنظام التحفيظ العقاري في المغرب، المطبعة و الوراقة الوطنية مراكش، سلسلة آفاق القانون (11)، الطبعة 2، السنة 2005، ص:57.

ومن زاوية أخرى، فإن عدم قيام المستأنف بالادلاء بمذكرة بيان أوجه الاستئناف بعد إنذاره لا يترتب عنه أي جزاء في حالة عدم الادلاء بها خلال الآجل الممنوح له.

على اعتبار أن محكمة التحفيظ تبت في الملف بناء على الأوراق والمستندات الموجودة به، وتكريسا لهذه الخصوصية، جاء في قرار صادر عن محكمة النقض ما يلي "بالرغم من أن الفصل 42 من الظهير الشريف الصادر بتاريخ 1913/08/12 بشأن التحفيظ العقاري، ينص على أن المستشار المقرر يطالب المستأنف بالإدلاء ببيان الطعون والوسائل التي يرتكز عليها استئنافه، وذلك داخل أجل 15 يوما، فإن هذا النص لم يرتب جزاء على عدم استجابة المستأنف لطلب المقرر، وعدم تقديمه البيانات المطلوبة منه داخل الأجل المذكور.

و بناء عليه، يتعرض للنقض لخرقه للقانون، قرار محكمة الاستئناف و هي تبت في مادة التحفيظ العقاري، و القاضي بعدم قبول الاستئناف شكلا، لكون المستأنف لم يدل بمذكرة توضيحية"[1136]، وجاء في حيثيات قرار آخر ما يلي "الفصل 42 من ظهير التحفيظ العقاري لا يرتب أي جزاء على عدم قيام المستأنف بما طلب منه، ذلك أنه في مادة التحفيظ يجب على المحكمة أن تنظر في القضية بناء على الأوراق و الوثائق الموجودة بالملف.

و نتيجة لذلك فإن المحكمة التي قضت بعدم قبول الاستئناف لعدم إدلاء المستأنف ببيان أوجه استئنافه، تكون قد أساءت تطبيق الفصل 42 المذكور"[1137].

وفي و اقع الأمر، فإن هذا التوجه ما هو إلا تطبيق لمقتضيات الفصل 42 من ظ.ت.ع، و مما جاء في منطوقه "... يعين الرئيس الأول مستشارا مقررا و ينذر هذا الأخير المستأنف بالادلاء بأسباب استئنافه، ووسائل دفاعه خلال أجل لا يتعدى خمسة عشر يوما، ثم يستدعي الأطراف المعنية للإطلاع على ما أدلى به المستأنف و لإبداء منازعاتهم و وسائل دفاعهم في أجل أخر مماثل".

لائحة المراجع:

[1136]. قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 1985/07/25 تحت عدد 141 في الملف عدد 839، منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 39، ص:163 و ما يليها.

[1137]. قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 1985/08/15 تحت عدد 169 في الملف الإداري عدد 83/875، منشور بكتب قضاء المجلس الأعلى في التحفيظ خلال أربعين سنة، لعبد العزيز توفيق، ص:162 و ما يليها.

أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الثالثة السنة 1977.

الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) الذي غير و تمم بالظهير الشريف رقم 1.11.177 الصادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 14/07 المغير و المتمم بمقتضاه الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12غشت 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري، الجريدة الرسمية عد 5998، بتاريخ 27 ذي الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص:5575.

الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر بتاريخ 13 رمضتن 1394 (30 شتنبر 1974)، ص:2742.

قرار صادر عن غرفتين بمحكمة النقض تحت عدد 1/461 بتاريخ 2015/07/28 في الملف عدد 14/1/1/6، منشور بمجلة المناظرة، عدد 19 و 20

قرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 153 بتاريخ 15 يناير 2003 في الملف عدد 02/750، منشور بمقتضيات ظهير التحفيظ العقاري على ضوء قرارات المجلس الأعلى.

عمر أزوكار، مستجدات التحفيظ العقاري في ضوء قانون 14.07 ومدونة الحقوق العينية، منشورات دار القضاء بالمغرب، الطبعة الأولى 2012.

قرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 3590 بتاريخ 1995/07/04 في الملف المدني عدد 91/2929، قرار أشار إليه عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى في التحفيظ خلال أربعين سنة

- القرار الصادر عن محكمة النقض تحت عدد 545 بتاريخ 1976/06/29 في الملف المدني عدد 50843، قرار غير منشور.

القرار الصادر عن محكمة النقض تحت عدد 3590 بتاريخ 1995/07/04 في الملف المدني عدد 91/2929، قرار أشار إليه عبد الصادق مهلاوي، الإشكالات الإجرائية الناتجة عن البث في التعرضات أمام قضاء التحفيظ العقاري، مقال منشور بالمجلة المغربية للاقتصاد و القانون المقارن، العدد 62، السنة 2008.

- القرار الصادر عن محكمة النقض تحت عدد 4375 بتاريخ 2010/10/19 في الملف المدني عدد 2009/1/389، قرار غير منشور.

قرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 3590 بتاريخ 1995/07/04 في الملف عدد 91/2929، قرار أورده عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى في التحفيظ خلال أربعين سنة، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1999.

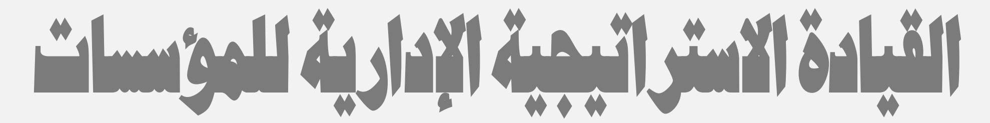
قرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 348 بتاريخ 1995/02/01 في الملف المدني عدد 87/4612، قرار أورده عبد العزيز توفيق، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى في التحفيظ خلال أربعين سنة.

قرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 152 بتاريخ 1996/01/09 في الملف عدد 91/3918، منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى المادة المدنية، 58-95.

قرار صادر محكمة النقض تحت عدد 5299 ملف مدني عدد 94/4827 بتاريخ 1997/09/10، أشار إليه عبد العزيز توفيق.

قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 2016/02/23 تحت عدد 111 في الملف عدد 2015/4/1/784، منشور بنشرة قرارات محكمة النقض الغرفة المدنية، الجزء السابع و العشرون.

الأستاذ محمد جمعة علي الدوسري
باحث بسلك الدكتوراه بكلية العلوم القانونية أكدال - جامعة
محمد الخامس الرباط



Strategic management leadership of enterprises

مقدمة:

إن التخطيط الإستراتيجي يعد عنصراً مهماً من عناصر استدامة عمل المؤسسات الإدارية بشكل عام، نظراً لما يوفره من إمكانيات لفهم بيئة العمل والتعامل مع المتغيرات الخارجية التي قد تحصل وتعرض طريق عمل المؤسسة مما تشكل تحدياً حقيقياً لتحقيق الأهداف التي أنشئت من أجلها.

كما إن التطوير لعمل الإدارة يوفر أداة هامة للتطوير داخل الإدارة تمكنها من تعزيز جوانب القوة والعمل المنظم لإبعاد الضعف في جوانب عملها.

إن دراسة هذا الموضوع له أهمية كبرى من خلال معرفة طريقة عمل المؤسسات ومدى وجود الأسانيد القانونية أو الواقعية التي تزيد من الاهتمام في مختلف المجالات المقدمة من المؤسسة.

تعد استدامة العمل في المؤسسات هدفاً استراتيجياً تسعى لتحقيق مختلف الإدارات لتحسين أدائها في ظل بيئة العمل التي أصبحت هاجساً يؤرق عمل المؤسسات نتيجة التحديات التي تفرض نفسها في كثير من الأحيان لملاحقة التطورات والمتغيرات المتلاحقة التي طالت شتى مناحي الحياة.

فدراسة هذا الموضوع تتمثل في حل بعض الاشكاليات التي يثيرها هذا الموضوع وهي: ما هو مستوى التخطيط والفاعلية لدى كل المؤسسات ؟ وما هو العنصر الذي يحدد الأداء المؤسسي الحقيقي؟ وما هي الضوابط والمبادئ الاستراتيجية لعمل المؤسسات؟



وبهذا استخدم الباحث المنهج الوظيفي لدراسة الظاهرة وتقسيم الموضوع إلى مطلبين: المطلب الأول آليات تطبيق التخطيط المؤسسي. المطلب الثاني السياسات التنموية كأداة للتطوير.

المطلب الأول آليات تطبيق التخطيط المؤسسي:

إن تنفيذ التخطيط اللازم لتطوير المؤسسات الإدارية تتأثر بشكل كبير بالمداخيل الموثقة من الإدارات والمسؤولين في هذه الوحدات لتجسيد الجهود لتطبيق آليات استراتيجية تكون ملائمة للتنفيذ وفق المطلوب في نظام الإدارة المؤسسية.

فالبرنامج التعاوني يقوم على الفريق التخطيطي في الإدارة لإضافة استراتيجيات وآليات لازمة للتنفيذ للعب دور تنسيقي من خلال فهم آليات العمل ومناقشة الأفكار من خلال اللجان الدائمة لهذا الغرض.

الثقافة التنظيمية تقوم على مجموعة من القيم والتوقعات والممارسات التي توجه تصرفات كل الأعضاء الفاعلين في المؤسسة لتحسين الأداء وهذا ما يعد أحد السمات الايجابية في الإدارة من خلال سلوكيات متناسقة وحقيقية تسعى لدمج عمليات الصياغة والتنفيذ.

فالمدير أو المسؤول يقود هذه الهيئة أو الإدارة من خلال اتصال فعال ورؤية شاملة للمؤسسة تفسح المجال لكل العاملين لتعميم وتنظيم أنشطتهم و أفعالهم لتدعيم رؤى واضحة للإدارة تصلح من خلالها استراتيجية لدعم كل العاملين أو المستفيدين من عمل المؤسسة وهذا أهم آلية.

إن الاطلاع على الأهداف المطلوب تحقيقها وتعاملها مع الوسائل المتخذة والمناهج والطرق للتعامل مع النجاح كنظرة للتطور تساعد المؤسسة وتتطلع لقيم أفضل تحافظ على الانسجام الداخلي وتضع ثقافة الموائمة بين الهيئة أو المؤسسة الإدارية والأهداف والتطلعات التي تسعى لها.

إن الأداء هو مفتاح التطور من خلال المرونة فهي صنعة أساسية في البيئة الديناميكية حيث التغيير المستمر والاستجابة بسهولة لكل طارئ قد يحصل ويشجع على روح التعاون والتواصل بين كل الأطراف الموجودة للقيام بالسعي للتطوير كلاً في سياق عمله ومجاله للوصول للهدف الأعلى للمؤسسة.

فالمسؤولين الإداريين في كثير من الأحيان يبذلون جهوداً في عملية التحليل والصياغة في إدارتهم أو بواسطة لجان مشكلة للإيفاء بالغرض وفق إجراءات محددة مسبقاً تفصل بين عمليات التفكير والتنفيذ، لأن الإدارة محتاجة لآليات سهلة للمرور بين التخطيط والتنفيذ للهدف المنشود.

إن إجراء تغيرات للإصلاح هي أولويات المؤسسة الإدارية لتبني تغيير تنظيمي للوصول لاستراتيجية إدارة الأزمة للتطوير بين المستجدات والمشاكل والمتطلبات في البيئة الخارجية المحيطة بالمؤسسة كالتطور التكنولوجي السريع والثورة المعرفية والنمو المتسارع في جميع ميادين الحياة والتقدم السريع للمنتجات سواء كانت سلع أو خدمات والتغيير في جودة ونوعية العمل.

وبهذا تسعى العقول الداخلية في الإدارات لنشر ثقافة النظام الاجتماعي التكاملي من خلال الاتصال والتعاون داخل المؤسسة الإدارية التي تمثل أهمية قصوى بالنسبة لها وتسعى للتغيير النوعي في العمل الإداري، فهذا ما ستصل إليه أي مؤسسة من خلال خلق تنمية إدارية حقيقية في مجالات العمل ووفق السياق الإداري الحديث.

إن مدخل النمو والتوسع الذي يبني عملية الصياغة والتنفيذ في أداء المهام لخلق روح إبداعية تسعى للتطور الاستراتيجي خاصة في الإدارات الوسطى داخل المؤسسة، وإدخال تقنيات محاسبية في المجال التقويمي تمهيداً لصنع التطويرواستخدام وسائل علمية في التحليل والمتابعة لقياس الأداء في الجانب التنظيمي ومعرفة النتائج التي تسعى الإدارة لتحقيقها من خلال جودة الرقابة لاكتشاف كل الانحرافات التي تحصل داخل المؤسسة حتى تتمكن الهيئة من اعتماد منظومة قادرة على تزويد الأفراد بالمعلومات اللازمة لتصحيح الأداء المتسم بالتوازن في العمل الإداري.

المطلب الثاني السياسات التنموية كأداة للتطوير:

لقد وصف الباحثين والمهتمين في علم الإدارة السياسات التنموية الطريق المتصل للنجاح في المؤسسات الإدارية من خلال استراتيجيات مسقرة إستناداً لفلسفة الثبات والحركة وتركيز المؤسسة على مواردها في المجال الحالي للمحافظة على الأداء، فالنمو هدف رئيسي وأساسي لعمل المؤسسة من خلال خطط قصيرة أو متوسطة أو طويلة الأجل.

إن النظرة التوقعية تعتمد على التفاعل مع البيئة الخارجية من خلال الفرص المتاحة للتطوير لوضع بيئة مناسبة تتسم بسياسات تعتمد على الأفكار الإبداعية من خلال استثمار الاتجاهات والأحداث المستقبلية التي يكون لها انعكاسات على فرص عملها ووضع قواعد بيئية تسعى للتنظيم الأكثر.

فالخلط بين التخطيط والتطوير يجعل من فرص النجاح تتحقق فتقديم الجديد في العمل الاداري يجمع عادة بين النمو الثابت والمرن لخلق قواعد من الثبات والتمكن والمركزية في حرية التعامل مع التنفيذ والتطوير في نفس الوقت.

إن النجاح في العمل المؤسسي يتطلب جهود واقعية وفعلية تتضمن متطلبات عامة ورئيسية لتنفيذ المتطلبات اللازمة للتنمية والتطوير.

السياسة الإدارية تعتمد بشكل أساسي على الإدارة العليا والتوجهات العملية التي تحكم سير المؤسسة الإدارية وتمثل في نفس الوقت خارطة طريق من خلال الترابط والتفاعل الذي تحكمه القوانين والأسس التي تشكل نظام عمل المؤسسة من خلال رؤيتها ورسالتها وأهدافها.

إن اللائحة العامة التي تحكم نظام عمل المؤسسة تضع شروط وضوابط لأغراض التنفيذ وتقييم الأداء في توضيح اللائحة موضوع البحث من خلال ما يتحقق لوجود طريقة للعمل والتنفيذ.

يجب على المؤسسة الإدارية التوجه للاختيارات والأحكام العامة لتقييم مستوى العمل واتخاذ القرارات المناسبة لتحقيق الهدف المنشود من عمل المؤسسة وهذا ما يعتمد على خطوات تنفيذية عملية تأخذ تسلسل سليم وواضح لكي تعمل بنفس الدرجة والنتيجة المطلوبة.

إن الاعتماد على معايير صحيحة سواء كانت ضمنية أو مؤسسية أو إدارية او قانونية باختلاف أنواعها ونوعية العمل الذي تقوم به المؤسسة يؤدي للتطوير أي القياس المرتبط بالمطلب للوصول للهدف.

إن وجود عمل متكامل وفق استراتيجية شاملة تعبر عن رسالة وأهداف المؤسسة من ناحية التنفيذ خاصة وتؤدي لترشيد الأداء فهذه المسارات الاستراتيجية للمؤسسة التي تقوم بدعم العمل بما يتوافق مع تحقيق الأهداف المتكاملة عن طريق اتخاذ الإجراء المناسب والمطلوب في نفس الزمن والمكان.

فالقابلية للتطوير والتكيف مع المتغيرات سواء كانت الداخلية أم الخارجية تشهد تطوراً مستمراً لخلق عمل مرن يوجه المؤسسة للعمل الصحيح في ظل نظام المراقبة الفعالة والمرونة كأحد أسباب النجاح التي تتيح الفرصة للتغيير السريع في حالة حدوث متغيرات لم تكن موجودة من قبل تماشياً مع عنصر المفاجأة الذي يتطلب وجوده على وجه السرعة.

إن الخطط الحقيقية التي تحدد آليات وسبل التنفيذ وتقييم المهام الخاصة بكل ما هو موجود داخل المؤسسة الإدارية يوفر تكامل في السياسات التي تحكم وترشد المؤسسة وتوضح مسؤولية الأداء وهذا ما يسعى إليه التخطيط الاستراتيجي لوضع مسارات صحيحة تعتمد على نظام متكامل لتصحيح كل الاختراقات والانحرافات المتوقع حدوثها.

فالهيكلة التنظيمية المرنة والمنسقة والفاعلة للتطوير والتكيف مع المتغيرات والتحديات أمر ضروري جداً لخلق روح إبداعية تراقب وتفعل المرونة في العمل الإداري المؤسسي كأحد خطوات النجاح وتباعد عنها كل طارئ.

إن الجودة تسعى للتطوير من خلال المواصفات المتعلقة بتقييم الأداء على كل المستويات لخلق تنمية بشرية في المؤسسة العاملة على درجة عليا من الدقة والتطوير وكفالة كل الحقوق المعرفية التي تواجه التغيرات التقنية.

إن الجودة والكفاءة والتخطيط الصحيح هو ما يجعل العمل أكثر تكاملاً، فالتغيير المركب الذي يجمع بين نوعين أو أكثر من الاستراتيجية يجعل الريادة مركبة للاستفادة من المزج بين الخصائص العامة والخاصة متعددة الأبعاد من خلال كل المداخيل المطلوبة والضرورية للوصول لأعلى درجات التغيير والتطوير الإداري.

الخاتمة:

إن التخطيط يعتمد بشكل رئيسي على القيادة وهي من المفاهيم الإدارية التي عرفت في منتصف القرن السابع عشر والذي شاع استخدامه على نطاق واسع في كل المؤسسات باختلاف ثقافتها ومجالاتها، وأصبحت التجارب الإدارية تؤكد من خلال دراستنا أن التخطيط هو الأساس الذي تعتمد عليه كل المؤسسات المعاصرة نظراً للزيادة الكمية والرقمية وحدة المنافسة لوضوح الرؤى المستقبلية في فهم واستيعاب كل المتغيرات في مجال الإدارة.

وبهذا يوصي الباحث بضرورة خلق بدائل استراتيجية لكل الإدارات العامة أو الخاصة لتحقيق المستوى المطلوب والأنسب في العمل الإداري وفق الحاجيات والمتطلبات اليومية.

قائمة المراجع:

1- د. محمد صبري الأنصاري ودة. ابتسام محمد عبد الإله، الإدارة الذكية كمدخل لتحقيق الريادة الاستراتيجية. ب.م، مجلة كلية التربية. 2022م.

2- د. محمد حسين أبو صالح، التخطيط الاستراتيجي القومي. الخرطوم: مطابع العملة السودانية. 2008م.

3- د. عبد الرزاق صالح الأحمد، تفعيل نظام الحوافز لتحسين مستوى أداء العاملين. حمص: مجلة جامعة البعث. 2021م.

4- د. ماجد محمد بارحمة، أثر استراتيجية إدارة الموارد البشرية في تحقيق الاستراتيجية. اليمن: المجلة الدولية للإدارة والعلوم الإنسانية. 2017م.

5- د. أحمد بن الشين ود. محمد عزوزي، آليات تحقيق التغيير التنظيمي في المؤسسة. ب.م، جامعة عمار ثليجي. 2014م.

الأستاذ مطلق ابراهيم الصياح
باحث بسلك الدكتوراه بكلية العلوم القانونية أكدال
جامعة محمد الخامس الرباط

إدارة المؤسسات في ظل الأزمات

Managing institutions in a crisis

مقدمة:

إن إدارة المؤسسات في ظل الأزمات هي ممارسة لعملية نظامية لطرق ذات فعالية للتقليل من الأزمات التي تهدد كيان المؤسسات، فالإدارة تستخدم لتفادي الآثار المتوقع حدوثها نتيجة التخطيط المستمر للعمل لتجنب حدوث عوائق مالية أو عملية.

الإدارة الاستراتيجية من أكثر الأدوات فاعلية لتحقيق الأهداف المنشودة والتصدي للتحديات المحتملة بخطط واضحة في المؤسسات مما يعزز عمليات التنفيذ وسير العمل بشكل فعال، فالإجراءات الإدارية بمثابة عملية يتم من خلالها تحديد وقياس ومتابعة ومراقبة المخاطر المتوقعة وهذا يعد من أدبيات العملية الاقتصادية والتجارية وعادة ما ينظر للأزمات على أنها تقلل من الضرر للقيمة التي تخلقها المؤسسة لنفسها ولكل المتفاعلين معها، فإدارة المخاطر للمؤسسة يعد مجموعة من المبادئ والاجراءات التي تساعد على تحقيق الهدف المنشود.

يكتسب هذا الموضوع أهمية كبرى بسبب القيمة الحقيقية لهذا الموضوع فاستراتيجياته من أكثر الموجودات في القرن الحادي والعشرين في ظل اقتصاد يسعى للتنمية والاقتصاد والمعرفة لأنه يمثل قوة جوهرية تسعى لخلق إبداعات متلاحقة.

إن دور هذا الموضوع إدارة الأزمات يمثل مستقبل لرؤية عمل المؤسسة وتحديد أهدافها التي تسعى لها وقدرتها على اجتياز الأزمات والنظر باستراتيجية على التفكير وصنع القرارات ووضع خطة مستقبلية وتقييمها. فهدفنا من هذه الدراسة معرفة مدى الاهتمام في العلاقة الارتباطية بين إدارة الأزمات من جهة والميزة التنافسية والثقافية التنظيمية وإدارة المعرفة من جهة أخرى وحل الاشكاليات المطروحة في البحث عن كيف تتعامل الإدارة في ظل الأزمة ؟ وما هي الأساليب المفترض النظر فيها لمواجهة التداعيات المختلفة ؟ وبهذا استخدم الباحث المنهج الوظيفي



التحليلي لدراسة الموضوع وتقسيمه لثلاث مطالب: المطلب الأول مفهوم الأزمات. المطلب الثاني التنظيم الإداري للمؤسسات. المطلب الثالث حماية المؤسسات في ظل الأزمات

المطلب الأول مفهوم الأزمات:

إن الأزمات تشكل حالة حرجة وماسة بمصير الكيان الإداري والاقتصادي لأي بلد من البلدان مما يؤدي لظهور أزمة تتطلب التدخل في السلطات الفاعلة في هذا البلد أو ذلك ووضع حل لها وتؤدي لاختلال التوازنات خاصة الاقتصادية يتبعها انهيار القطاعات المختلفة لبلد معين.

فالأزمة حالة يتعرف فيها اقتصاد بلد معين لانكماش مفاجئ في الناتج المحلي الحقيقي خاصة من الناحية الاقتصادية مما يؤدي لانخفاض دخل الفرد وزيادة الفقر.

فهذه العمليات التي تعدل وتسمى بأزمة تحدد عادة الجهات المعنية مخاطرها وتقوم بمراقبتها لمواجهة الانحرافات الحقيقية التي تحصل في المجتمع وتؤدي لتدخل السلطات المعنية في بلد الأزمة للقيام بمدخل عملي للتعامل معها بتحديد الآثار المتوقعة كتحديد الخسائر المحتملة والقيام بإجراءات تقلل من آثار هذه الأزمة التي تؤدي عادة إلى خسائر اقتصادية ومالية بشكل كبير.

فالأزمة تتطلب عمل مؤسساتي متكامل يهدف لمجابهة المخاطر بأفضل الوسائل و أقل التكاليف عن طريق اكتشاف المخاطر وتحليلها ووسائل مجابهتها لاختيار أنسب السبل لتحقيق الهدف وهو الحد من آثارها، أي قياس وتقييم الوضع قبل حدوث الأزمة لوضع استراتيجات تحد من المتوقع حدوثه.

إن العمل الإداري يهدف للتحكم في السياسات المختلفة ووضع حد لأي أزمة قد تعصف بالبلد كتحديد وقياس والسيطرة وتنظيم المؤسسات العاملة في هذا المجال وتنظيمها لهدف تحقيق أغراضها المختلفة دون المساس بها عند حدوث أزمات قد تحصل في البلد، فكل الدول خاصة النامية تشهد مراحل مختلفة من التطور في المجال التكنولوجي الاقتصادي لم تسلم من هذه الأزمات وهذا ما يتطلب معرفة كيفية إدارتها للمؤسسات عند حدوث الأزمة في الصورة الحقيقية لها.

إن الأزمة تتطلب من صاحب القرار القيام بإجراء منتظم لغرض الاستجابة ومتابعة كل الأخطار التي تمس مشروع أو مؤسسة للقيام بالإجراءات والأدوات التي تساعد من يدير هذه المؤسسة لتنظيم إمكانية وأسباب تحقيق نتائج مختلفة.

إن الأزمة تمثل بيئة متقلبة تهدد استقرار المؤسسات ويعرضها للخطر وتمنعها من تحقيق الأغراض التي أنشئت من أجلها وقد تنهي هذه المؤسسات، وهذا ما يحصل من مفاجآت وتقلبات قد تعصف بها، فاستقرار البيئة الاقتصادية ووجود المنافسة في محيط معين يساعد على التطور.

إن إجراءات عدم وضوح الوضع الاقتصادي خاصة وعدم استشراف المؤسسات لعملها يجعل من الصعب التنبؤ بما يحصل من أزمات، مما يتطلب من الجميع النظر في حالة حدوث هذا الخطر فكيف سيتم مجابهته.

تعد استخدام الإدارات المختلفة خاصة البحثية والدراسية للاستعلام عن ما يتوقع حدوثه تعد عملية هامة تستخدم الأدوات المختلفة للتخفيف من آثارها وتوفير بيئة اقتصادية سليمة.

لقد شهدت التجارة والصناعة في السنوات الأخيرة تغيراً ملحوظاً بسبب توفر آليات حماية لهذه الأعمال المختلفة والاستفادة من إدارة الأزمات واستمرار العمل نتيجة رفع الكفاءة والقدرة التي تقوم بها الإدارات المختلفة وكيفية التعامل مع المخاطر وتحويلها وإجراءات العمل وأسلوب الأداء لضمان عدم تكرار ووقوعها نتيجة الاستراتيجيات الخاصة بمواجهتها لتقليلها والاحتفاظ بالدراسات والتجارب السابقة لضمان إدارة ومهام فاعلة وناجعة.

إن التقدم والتطور التكنولوجي لدراسة كل الأعمال خاصة الاقتصادية والتجارية ساعد في دراسة كل الاحتمالات نتيجة اتباع طرق التقدم والنمو، فعندما تقوم مؤسسة معنية بتقديم خطوات متكاملة لدراسة الأخطار المتوقعة والمحتملة وتعالج كل الأخطاء والإجراءات الموجودة في هياكلها وتحسن احتمالات وقوع هذه الأزمات تضمن السير إلى الأمام والتعامل مع المخاطر بقدرة من القوة والتفاهم وتكون لديها المعلومات المختلفة والضرورية التي تستخدمها لضمان إجراءات صحيحة.

فالمهم هو الاستعداد للقادم لضمان استمرار القوة التشغيلية واستمرار الأعمال بإدارة صحيحة تظهر استمرار أعمالها وقدرتها على مواجهة ما سيحصل للمؤسسة فهذا ما يؤكد إدارتها

الناجحة لأنها توقعت حدوث أزمة وتم التعامل معها مما يسمح لها بضمان وجود ضوابط داخلية لمنع حدود هذه المخاطر في حال وقوعها ويكون لها قدرة لتقييم أي عمل أو أزمة قد تحصل ولا يمكن أن تمس من وجودها.

المطلب الثاني التنظيم الإداري للمؤسسات:

إن الإدارة بشكل عام تمثل عملية تيسيروتسهيل أمور المجتمع البشري وتميزه عن غيره من البيئات الأخرى غير الانسانية، فالفرد في المجتمع يحتاج ترتيب أجوائه العائلية والأسرية والمناطقية إلى أن يصل على مستوى الدولة بشكل عام، هذا ما يكون له ارتباط وثيق الصلة بالمؤسسات العاملة في هذا المجتمع التي تكون منظمة وفق آليات محددة ومعروفة للجميع لتحقيق الهدف المرجو منها وهو الصالح لكل المجتمع.

فالإنسان يتطلب وجوده في المجتمع بوجود هذه المؤسسات المرتبة لتيسير العلاقات ولتحقيق شؤون الأفراد وتحقيق متطلباتهم اليومية بموجب وسيلة الإدارة التي تؤدي للإيفاء بالأغراض المطلوبة منها التي يطمح لها الفرد أو المجتمع ككل.

لقد اختلفت وجهات النظربين الباحثين والكتاب في مفهوم الإدارة والتنظيم الإداري خاصة في الظروف الاستثنائية الغيرطبيعية "الأزمات".

إن كلمة الإدارة موجودة على نطاق واسع لا يمكن أن نضع لها مفهوم واضح فهناك مفاهيم مختلفة في الماضي حاولت تحديد معنى ونطاق إداري حتى وإن لم تكن محددة بشكل دقيق، يرى جورج تيري بأن الإدارة عملية متميزة تتكون من التخطيط والتنظيم لتشغيل وتحكم الذي يتم إجراءه لتحقيق الهدف من خلال استخدام الموارد والأشخاص كما عرفها جوزيف ماسي بأنها العملية التي من خلالها تواجه المجموعات التعاونية للعمل نحو الأهداف المشتركة كما عرفها جيمس لوندي فهي في الأساس مهمة التخطيط والتنسيق والتحفيزوالسيطرة على جهود الآخرين نحو هدف محدد.

فمصطلح الإدارة يوضح تنسيق وإدارة المهام لتحقيق الهدف في الأنشطة الإدارية ووضع استراتيجية لمؤسسة معينة وتنسيق جهود الموظفين لتحقيق الأهداف وتوجيه الموارد المتاحة من خلال رجوع الإدارة لهيكل الأقدمية للموظفين الموجودين.

فالإدارة تمثل الطريق التي تنظم بها المؤسسات والشركات لسير العمل لتحقيق الأهداف الأساسية التي تطمح لها من خلال خلق بيئة تتيح للعمل بكفاءة و إنتاجية من خلال هيكل تنظيمي متماسك يحدد طرقهم في العمل.

إن المسؤول على النشاط الإداري وعن اتخاذ كل القرارات وصياغة الأهداف وتجميع الموارد المطلوب استخدامها بكفاءة لتحقيق نمو المؤسسة واستقرارها عن طريق تحديد الوظائف المطلوبة منها التخطيط والتوجيه والتنظيم والرقابة والتقويم وهذا ما ينجح عمل المؤسسة يكون في آليتان هما:

ـ أولاً- آلية التنظيم وتحديد الأهداف:

يقوم المسؤول الإداري بتنظيم وتقييم عمله وتقسيمه بطرق قابلة للتحقيق ويكلفون المعنيين للقيام بهذه المهام نتيجة سلسلة من العلاقات المتكونة داخل الوحدة الإدارية بين الأفراد والكيانات المختلفة تقع على عاتق المسؤول ضمان عملهما في حالة من الهدوء والاستقرار لضمان تحفيزهم للقيام بالاستمرار في الأعمال المطلوبة منهم نتيجة ذكاء ومهارة هذا المسؤول الإداري في بناء علاقات متماسكة بين أعضاء فريقه يمكن من خلالهم استكشاف الأخطاء وإصلاح ومواجهة التحديات المختلفة.

إن تحديد الأهداف وطرقها من مهام المسؤول الإداري الناجح الذي يجب أن يكون قادراً أيضاً على نقل وصنع الموظفين بطريقة نافعة للمؤسسة عن طريق تحسين أوقات عملهم وزيادة إمكانياتهم بما يزيد في الأداء داخل القطاع، وهذا ما يتطلب عمله ضمن الترتيبات التنظيمية على تعزيزوتحسين الروح الانتاجية.

ـ ثانياً- ابتكارتنمية العاملين وتحفيزهم:

إن المسؤول الإداري يحتاج لتحديد هدف ومؤشر لأداء عمله الذي يهدف له هو وفريقه الإداري لإيجاد طرق للقياس ما إذا كان العمل يسيرفي الاتجاه الصحيح لتحقيق المطلوب أم لا، لأنه من الصعوبة وجود أو التوصل لطرق لقياس الأداء لفهم وضعية العمل الإداري في المؤسسة، فهذا يعتمد على ذكاء المسؤول و إبداعه للقياس ومعرفة فريق عمله فهذا أمر بالغ الأهمية.

إن قيادة الفريق نحو الهدف وقياس تقديمهم على طول الفترة الرئيسية في المؤسسة يستثمره المسؤول الناجح في تطوير وظائفهم كالعمل مع الفريق لمساعدته على تحديد أهداف للإرتقاء بحياتهم المهنية.

إن مهام التنظيم الإداري والتحفيز لامتلاك المهارات اللازمة للتعامل مع أنواع مختلفة من الشخصيات داخل الفريق هذا ما تكون مسؤولية المدير لمعرفة كيفية تشغيل وقيادة ومعرفة فريق عمله بالصورة الصحيحة.

المطلب الثالث حماية المؤسسات في ظل الأزمات:

إن الإدارة الناجحة للمؤسسات في ظل الأزمات تتطلب حمايتها من المخاطر التي تهدد تحقيق أهدافها المختلفة ويعتمد بشكل كبير على مشاريعها وخططها في الأوقات المحددة لتحقيق المطلوب في ظل فاعلية إدارية تساعد وتقيم إدارتها للتعرف على نقاط الضعف في المؤسسة بأسرع وقت وتزيل وتبعد كل البرامج والأنشطة التي لا توفر عائداً لها وهذا ما يزيد من فرصة تحقيق أهدافها المطلوبة وأداء أعمال واسعة وجني الفوائد والأرباح للمؤسسة.

فالإدارة تساعد على استقرار الأوضاع الاقتصادية بالإضافة لفوائد أخرى لا تقل أهمية هو إستقرار الأرباح والمكاسب التي تسهم في الأداء المتميز للمؤسسة بالتغلب على الخسائر المرتبطة بالأزمة إلى أقل مستوى وهو هدف رئيسي للمؤسسة.

ففي ظل هذه الأزمات تساعد الإدارة الناجحة على حماية أحوال المؤسسة سواء كانت مادية أو معلوماتية.... الخ فحمايتها يعد أمراً حتمياً لبقاء هذه المؤسسات.

لقد أظهر تقريراً صادراً عن شركة "IBM" إنه تم اختراق أكثر من ثمان مليارات سجلا من البيانات في سنتي 2019م-2020م بحيث بلغ متوسط التكلفة لخرق البيانات الفخمة ما يزيد عن ثلاثة مليون دولار أمريكي ففي العام 2020م كانت 80% من السرقات عبارة عن معلومات تعريف شخصية متعلقة بالعملاء وهذا ما يسجل إنشاء استراتيجية قوية وقابلة للتنفيذ لإدارة لازمة أمراً ضرورياً كتأمين للأعمال.

إن شعار المؤسسات التجارية وحضورها الرقمي يكمن في رضاء عملائها للحفاظ والشعور بالأمان والثقة، فأحد الأموال الثابتة للمؤسسة وسمعتها إن يكون لها خطة للمحافظة على سمعة وعلامة المؤسسة التجارية تساعد استراتيجياً إدارة المخاطر بالمؤسسة للمحافظة على

سمعتها وحماية أموالها لضمان زيادة العملاء والحفاظ على قدرتهم وعلى التواجد وتقديم المنتجات والخدمات المطلوبة منهم والنتيجة هي إرضاء العملاء.

إن الإدارة الفاعلة تسعى لتقليل الاضطراب بإبعاد التوتر من خلال وضع التدابير المناسبة للتصدي للظروف القاسية، فالمؤسسة المحمية هي التي تدرس وتخطط لكل الظروف المتوقع حدوثها، فحالة القلق لا يمكن أن تصرف النظر للإنتباه للإعتبارات الأخرى وفي الحالات القصوى التي تؤدي وتؤثر على بقاء المؤسسة و إبداعها للأعمال المطلوبة منها.

إن التوتر والقلق وعدم الاستقرار يؤدي بطبيعة الحال لاستنزاف طاقات زائدة من الأفضل استثمارها في أمور تخدم المؤسسة التي تكون لها استراتيجية إدارية للتعميم والتقيد بتوجيه طاقتها نحو التنمية والابداع.

إن إدارة المخاطر والأزمات في ظل مؤسسات حقيقية تساعد على استمرار النمو وهو هدف لكل مؤسسة لأن القدرة على مواصلة النمو يعتبر أحد الأهداف المؤسسية فيكون النمو هدفاً تنظيمياً هاماً وتصبح الوقاية من التهديدات التي تواجه ذلك النمو هو أحد اهم أهداف إدارة المؤسسة في ظل الأزمات والأعداد الجيد والتنفيذ واستمرار النمو و إبعاد كل شبح للخسائر.

الخاتمة:

في الختام، لقد اكتسى موضوع إدارة الأزمات أهمية كبرى في الوقت الحالي باعتبار النشاطات والعمليات التي تقوم بها المؤسسات المختلفة تكسبها روح المتانة والابتكار وتسعى في ظل بيئة شديدة التنافس توضع الإدارة فن وعلم مهني لها قواعدها من حيث التعرف على المخاطر وأسبابها و أنواعها والتنبؤ بحدوثها وقياس شدتها ومدى القدرة على احتوائها وإطلاق إبداعات في استخدام مختلف الأدوات العملية للوصول لأفضل النتائج لاحتواء المخاطر في أسرع وقت وبأقل خسائر محتملة.

وبعد الوصول لهذه النتائج يوصي الباحث بمعرفة دور الإدارة كعلم وفن في مواجهة الأزمات للقيام بالأبحاث والدراسات في كل المؤسسات للمساعدة على الاستشراق بالتنبؤ للمخاطر المتوقعة.

لائحة المراجع:

1- د. إدوارد أندرسون، إدارة مخاطر العمال، القاهرة: المجموعة العربية للتدريس والنشر، ب.ت.

2- د. مدحت محمد أبو النصر، إدارة المعرفة والإدارة بالمعرفة، ب.م: المجلة العربية للمعلومات، 2021م.

3- د. عبيدة محمد أحمد إبراهيم، إدارة المخاطر مدخل لتعزيز تنافسية الجامعات المصرية، القاهرة: جامعة عين شمس، 2019م.

4- د. بشير عبد العظيم محمد البناء ود. صرباحي محمد العواد، تطبيق آليات حوكمة تكنولوجيا المعلومات المحاسبية، المنصورة: كلية التجارة، 2019م.

5- د. عبد الرشيد بن ديب ود. عبد القادر شلالي، مدخل استراتيجي لإدارة المخاطر، ب.م.ب.م، 2018م.

6- د. محمد صنهاجي الجعفري، إدارة المخاطر السياسية وأثرها على استراتيجية المنظمات، الخرطوم: مجلة العلوم الاقتصادية والادارية القانونية 2021.

7- د. مصطفى محمد الدرويش، الممارسات الأفضل ودورها في تعزيز الميزة الثقافية، حلب: رسالة دكتوراه، 2013م.

8- د. عبد الرحمان محمد سليمان رضوان ود. زينب عبد الحفيظ أحمد رضوان، تأثر تطبيق قواعد الحوكمة الإلزامية على إدارة المخاطر، ب.م: المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2020م.

TEL + 212 771394949 www.allbahit.com Majalatlbahit2017@gmail.com

الأستاذة أسماء بنحدوش

الأستاذ حسن علمي

باحث في سلك الدكتوراه كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

سيدي محمد بن عبد الله – فاس.



الزجر الإداري في المجال البيئي "دراسة في التشريع المغربي"

Administrative injunction in the environmental field "a study " in Moroccan legislation

الملخص:

تبلور قضية البيئة كفاح الإنسان وسعيه الدؤوب من أجل تحقيق التنمية والتقدم، فالمشرع لا يتدخل لحماية أي صورة من صور النشاط الإنساني إلا إدا كانت لها أهمية بالنسبة للمجتمع، وغالبا ما يكون القانون الجنائي هو الآلية التي يتم اللجوء لها لحماية أي مصلحة اجتماعية، غير أنه قد يقدر المشرع فعل قد يترتب على ارتكابه ضرر بالبيئة، ولكن هدا الضرر لا يكون جسيما، أو أن المصلحة التي مسها ليست جوهرية، ومن ثم يضع لمعاقبة هدا السلوك عقوبة إدارية، وبدلك يعرف الزجر الإداري حضورا في كافة القوانين التي تعنى بحماية البيئة، ويأتي هدا التوجه انسجاما وخصوصيات الجريمة البيئية والمصلحة المحمية فيها. الكلمات المفتاحية: البيئة – الزجر الإداري – الجريمة البيئية – الجريمة الشكلية – العقوبات المالية.

Abstract

The cause of the environment crystallizes man's struggle and tireless quest for development and progress, The legislator intervenes to protect any form of human activity only if it is of importance to society, The Criminal Code is often the mechanism used to protect any social interest. But the lawmaker may appreciate an act that may result in damage to the environment, But this harm is not serious, or the interest it has affected is not material, Thus, administrative punishment is

imposed to punish such conduct, instead of defining administrative injustice as a presence in all laws dealing with the protection of the environment, This trend is consistent with the specificities of environmental crime and its protected interest. Keywords: environment - administrative drain - environmental crime - formal crime - financial penalties.

مقدمة:

يعد القانون بشكل عام انعكاس للمستوى الفكري والثقافي للمجتمع الدي يسيره دلك القانون، لدا يتدخل المشرع لفرض حماية للدعائم والقيم الاجتماعية حسب أهميتها، لدلك نجد تدرجا في هده الحماية وفقا لأهمية محلها[1138].

ولما كان حق الإنسان في بيئة سليمة من الحقوق الأساسية، فإن معظم الدول باختلاف توجهاتها و أنظمتها السياسية والقانونية، تسعى لوضع تشريعات لحماية البيئة، إد تعد البيئة من العناصر الأساسية للنظام العام في الدولة لارتباطها بالصحة العامة.[1139]

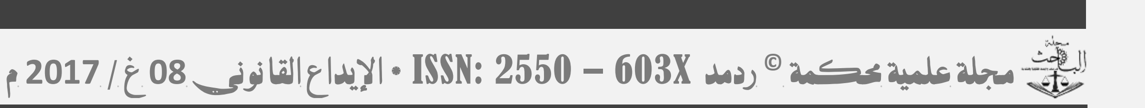
وإدا كان القانون الجنائي دائما يتم الدفع به أولا لحماية القيم والمصالح الاجتماعية المختلفة التي يعترف المجتمع بأحقيتها بالحماية، فإن الأمر ليس كدلك بالنسبة لمعظم القوانين البيئية، التي تتبنى قاعدة التجديد في العقوبات بحق مرتكبي الجرائم البيئية، استنادا إلى أن حماية البيئة والموارد الطبيعية من المواضيع الجديدة[1140]، الأمر الدي يخول للقانون الزجري البيئي حيزا كبيرا في توفير الحماية القانونية للبيئة، من خلال توسيع صلاحية الإدارة والعقوبات الإدارية، وهده الأخيرة شأنها شأن أية عقوبات أخرى من حيث الطابع العقابي، وغايتها من العقاب على كل تقصير في أداء التزام ما.

فأهمية البحث في الموضوع، تكمن في كون القوانين البيئية تجمع بين مجموعة من الخصوصيات سواء من حيث الأشخاص المخاطبين بمقتضياتها أوطبيعة المخالفات التي تشملها

[1138]-وردى بن بو عبد الله، ميلود بن عبد العزيز، خصوصية نص التجريم في الجرائم البيئية، مجلة العلوم الإنسانية لجامعة أم البواقي، المجلد 8، العدد 3، ديسمبر 2021، ص 88.

[1139]-محمد أحمد عبد النعيم، مدى سلطة الإدارة في وقف الأنشطة الخطرة على البيئة – دراسة تحليلية مقارنة، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد السابع والثلاثون لسنة 2022، الجزء الأول 1/3، ص 191.

[1140]-بن أحمد محمد، الجزاءات الإدارية والجنائية في مجال حماية البيئة – دراسة مقارنة، مجلة البحوث العلمية في التشريعات البيئية، العدد الثامن – يناير 2017، ص 45.



أو من حيث المصلحة التي تتولى حمايتها، هده الخصوصيات ساهمت في بلورة عقوبات إدارية في كافة القوانين المنظمة للبيئة، سواء تلك العقوبات المالية أو العقوبات العينية.

انطلاقا من هاته الأهمية، فإنه يمكننا طرح الإشكالية التالية: ما مدى حضور العقاب الإداري في التشريع الإداري المغربي؟

خلافا عن الجرائم التقليدية تتصف الجريمة البيئية بعدة مميزات، على رأسها صعوبة تحديد طبيعة الجريمة البيئية، وتعدد الآليات التي كفلها القانون لحماية البيئة من التلوث، تتفاوت من حيث الطبيعة أو الأثر القانوني[1141]، بين استصدار عقوبات مالية كالغرامات والمصادرة، أو مقيدة للحقوق "المحور الثاني"، ودلك تماشيا وخصوصيات الجريمة البيئية "المحور الأول".

المحور الأول: خصوصيات الجريمة البيئية

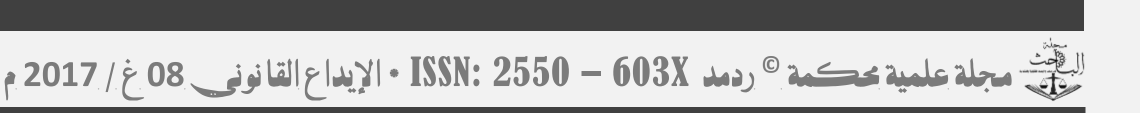
يشكل موضوع البيئة محورا أساسيا في كل النظم القانونية، وذلك راجع إلى المكانة التي يحتلها في كل القطاعات، فحيثما وليت الوجهة تجد المجال البيئي حاضرا، يتعين احترامه وأخذه بعين الاعتبار في كل الأنشطة التي تسعى الدولة إلى إنشائها، وتخصيصه حيزا شاسعا ضمن السياسيات العمومية، حتى لا يتم الإضرار به.

ولما كانت حماية البيئة وتحسينها يمثلان قيمة جديدة من قيم المجتمع، وامتدادها يمس شتى مناحي الحياة، فقد أضحى ضروريا البحث عن خلق آلية قانونية لحمايتها، غير أن هاته الإرادة سرعان ما تصطدم بواقع طبيعة السلوكات الماسة بالبيئة، إد تعتبر الجرائم البيئية نمط غير مألوف من الجرائم تتميز عن غيرها من الجرائم التقليدية[1142]، وتماشيا ودلك فإن مواجهة الجرائم البيئية تستلزم دراية عملية وفنية تضطلع بها الإدارة كونها صاحبة الدور الفعال والرئيسي والصلاحيات الواسعة في فرض حماية البيئة "ثانيا"، ما رتبته خصوصية السلوك المجرم في الجريمة البيئية "أولا".

أولا: الطبيعة الخاصة للجريمة البيئية

1141-محمد أحمد عبد النعيم، مدى سلطة الإدارة في وقف الأنشطة الخطرة على البيئة – دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سابق، ص 210.

1142-وردة بن بو عبد الله، ميلود بن عبد العزيز، خصوصية نص التجريم في الجرائم البيئية، مجلة العلوم الإنسانية لجامعة أم البواقي، المجلد 8، العدد 3، ديسمبر 2021، ص 84.



تتسم الجريمة البيئية عن غيرها من الجرائم التقليدية بصعوبة في تحديد عناصرها، فالأصل تقوم الجريمة بقيام أركانها بدءا من السلوك المجرم – فعل أو امتناع – الدي يكون ناتج عن قصد من فاعله هو ما يعرف بالركن المعنوي، إلى حين تحقق النتيجة الإجرامية التي تكون تجمعها رابطة سببية بالفعل المأثم قانونا، ولكن يطرح سؤال على هدا المستوى بخصوص الجريمة البيئة حول مدى احترامها لهاته العناصر خصوصا تلك الأفعال منها التي يمكن أن ندرجها تحت مظلة القانون الجنائي الإداري.

1-بناء الجريمة البيئية

إن البنيان القانوني للجريمة في تطور مستمر، لأن النموذج الأولي للعقاب كان يقوم على السلوكيات المجردة من دون الاعتماد على نصوص تجرمه وتبين أوصافه، كدلك اعتبر البحث في نيات المجرمين شيئا أخد بالتطور في السنوات الأخيرة[1143]، فتحديد بنيان الجريمة قد يتطلب أوصافا في بعضها، ويستغني عنها في غيرها، على العموم إن إشكالية البحث في بنيان الجريمة البيئية على الخصوص تتمثل في بيان الأحكام التي تميزت بها من غيرها.

أ-الجريمة البيئية جريمة مادية

إن إضفاء صفة الجريمة المادية[1144] على الجريمة البيئية هو استجابة للحاجة الاجتماعية للوقاية من أضرارها، إد يستهدف المشرع الجنائي البيئي زجر المخالفات الماسة بتلويث عناصر البيئة المختلفة، بمجرد اقتراف النشاط المجرم دونما التنصيص على الركن المعنوي لهده الجريمة[1145]، أي بغض النظر عن نية مرتكب السلوك الماس بالبيئة، وهدا التوجه يبرز من خلال الصياغة اللغوية للبناء التشريع الزجري البيئي، فجل القوانين البيئية – على تنوعها – تؤكد

[1143]-آدم سميان دياب الغريري، الأوصاف الخاصة بالجرائم مبكرة الإتمام، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة 6، المجلد 6، العدد 6، الجزء 1، سنة 2017، ص 3.

[1144]-برزت معالم الجرائم المادية مع قيام الثورة الصناعية في أوروبا خلال القرنين الثامن عشر والتاسع عشر بسبب استعمال الآلة وتعميم المكننة في جميع النشاطات الصناعية ومصاحبها من ازدهار اقتصادي وتجاري في ظل النظام الليبرالي الحر، فاندفع الأفراد نحو النشاطات الصناعية والاقتصادية وتوسعوا في الأعمال التجارية مما أدى الى انفلات الأمور نتيجة الجشع والطمع في الربح السريع بجميع الوسائل، فازدادت التجاوزات وكثر الغش، و أصبح الخطر يهدد النسان والحيوان والبيئة والمحيط، مما جعل المشرع يتدخل لوضع آليات لضبط هذه النشاطات لوضع حد للممارسات غير النزيهة، وهو ما رتب فكرة الجرائم المادية التي يمكن أن نعرفها بأنها: **‘‘فعل أو امتناع معاقب عليه ليس لنتيجة إجرامية يحدثها ولكن لاعتبارات أخرى يقدرها المشرع، إد تقوم بمجرد ارتكاب الفعل المجرم وحده، ولا اعتبار فيها للنتيجة الإجرامية أو العالقة السببية أو الركن المعنوي، سواء ارتكبت عن قصد أو غير قصد، وسواء كان الخطأ موجودا أو غير موجود، فالنهاية هي قيام الجريمة وثبوت المسؤولية الجزائية عنها بمجرد ارتكاب الفعل وحده‘‘**، أنظر: مزياني عمار، الجرائم المادية والمسؤولية الجنائية، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 7، العدد 2، سنة 2022، ص 9 وما بعدها.

[1145]-ياسين الكعيوش، السياسة الجنائية في مواجهة الجرائم البيئية، أطروحة نيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – فاس، سنة 2019/2018، ص 197.

على مجرد ارتكاب المخالفة يرتب العقاب، وبتالي فلا مجال للحديث عن قصد المتهم من جهة أو حسن نيته من جهة أخرى، فهو يستحق العقاب بمجرد إتيان المخالفة.

ولعل الصفة المادية للجريمة البيئية هي في الأصل من صنع القضاء الفرنسي، حيث قضت الغرفة الجنائية لمحكمة النقض بأن: "و اقعة ترك مواد تناسب في المجرى المائي يعد خطأ في حد داته، ولا يلزم النيابة العامة أن تقيم الدليل عليه ولا يعفى المتهم من المساءلة عنه إلا بإثباته لوجود القوة القاهرة، وسيكون الحكم ناقصا ومستجيبا للنقض إدا ما قضى ببراءة المتهم على أساس انتفاء الركن المعنوي وعدم تو افر الخطأ في جانبه بعد ثبوت وقوع الركن المادي[1146]" .

ولقد ثارنقاش فقهي بخصوص التوجه السالف الدكرلمحكمة النقض الفرنسية، إد رفض من لدن بعض الفقه لمجموعة من الاعتبارات يمكن أن نشيرمنها إلى إشكالية تحديد المسؤولية عن الجريمة البيئية ودفع بعضهم بجهل وجود الثلوث، إلا أنه يمكننا أن نقول بأنه يمكن أن تثير الصفة المادية للجريمة البيئية إشكال بخصوص الجر ائم التي يعاقب عنها بعقوبات مشددة، في حين أنه ونحن بصدد الجر ائم التدخل في إطار القانون الجنائي الإداري فإن هدا الأمر لا يطرح مشكل، كونها من ناحية تقوم على الجر ائم قليلة الخطورة وكون عدم اشتراط الركن المعنوي لقيام الجريمة ينسجم ومنطق التجريم في القانون الجنائي الإداري.

ونظرا للتشابك والاتصال العميق بين ما هو بيئي وبين كافة أوجه الحياة المعاصرة، و اتساع نطاق السلوكات التي من شأنها أن تأثرعلى البيئة، ما جعل النظام البيئي محط تهديد دائم، فإن المشرع المغربي سارعلى نفس النهج إد لم ينص على ضرورة تو افر الركن المعنوي للمساءلة عن الجريم البيئية في عديد صورها، لأن هاته الطائفة من الجر ائم لا تظهرنتائجها مع إتمام سلوكها، بل إن نتيجتها تلتصق بلحظة مباشرة السلوك[1147].

ب- الجريمة البيئية كجريمة شكلية

[1146]-ياسين الكعيوش، السياسة الجنائية في مواجهة الجرائم البيئية، نفس المرجع السابق، ص 198.
[1147]-آدم سميان دياب الغريري، الأوصاف الخاصة بالجرائم مبكرة الإتمام، مرجع سابق، ص 33.





انطلاقا من مكانة موضوع حماية البيئة، وتعزيزا لمنطق عدم اشتراط توافر الركن المعنوي لقيام الجريمة البيئية، فإن هاته الأخيرة تتصف بكونها جريمة شكلية[1148] أي لا يتطلب تحقق النتيجة الإجرامية للعقاب عنها.

وبدلك يتحقق الركن المادي للجرائم الماسة بالبيئة بارتكاب أي سلوك مقصود أو غير مقصود يؤدي إلى تعريض حياة الناس للخطر، ويترتب على دلك السلوك تعريض حياة الناس أو سلامتهم للخطر، سواء تمثل بحدوث ضرر مادي ملموس أو خطر محتمل الحدوث فالضرر لا يشترط أن يكون حالا بل قد يكون محتملا، ومعظم أضرار البيئة تحتاج إلى وقت كبير كي تظهر للعيان[1149].

وإن ما يمكن أن يترجم هدا التوجه تماس الجريمة البيئة مع كل أشكال الحياة، وبه تقرر حماية البيئية بمنطق جرائم الخطر، ودلك بالاعتماد على فكرة الضرر في تجريم الفعل، لتوفر الضرر المحتمل دون انتظاروقوع النتيجة، والمشرع البيئي المغربي أضفى الصفة الشكلية على معظم الجرائم البيئية مسايرا في دلك التوجهات الدولية للتشريعات المعاصرة في تصنيف الجرائم الماسة بالبيئة وسلامتها[1150]، إد يصنفها بدوره ضمن جرائم الخطر.

ونمثل لهدا التوجه بجريمة استغلال منشأة مصنفة بدون ترخيص، أي أن مجرد اكتشاف بداية استغلال المنشأة وعدم حيازة ترخيص إداري مسبق تقوم عناصر الجريمة، ولا داعي للبحث عن النتيجة أو العلاقة السببية، ونشير كدلك للمادة 21[1151] من قانون 13.03 المتعلق بمكافحة تلوث الهواء التي تجسد الطابع الشكلي للجريمة البيئية، فالمخالف يعاقب بمجرد

1148-تعرف الجريمة الشكلية بأنها: ‘‘**الجريمة التي تكون تامة بصرف النظر عن تحقق النتيجة التي أرادها الجاني، إد يكتمل ركنها المادي بمجرد القيام بالفعل المجرم، بغض النظر عما سيحدث أو ينتج عن دلك الفعل من وقائع وأضرار**‘‘، أنظر: عبد القادر قائد سعيد المجيدي، النتيجة المادية وغير المادية للجريمة – قراءة جديدة للنتيجة الإجرامية، المجلة العلمية لجامعة سبأ، مجلد 1، عدد 2، سنة 2021، ص 104-105.

1149- محمد عارف عبد الأمير، جريمة تلوث البيئة دراسة مقارنة بين القانون العراقي والقانون الأردني، رسالة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة ماجستير في القانون العام، كلية القانون جامعة الشرق الأوسط – الأردن، سنة 2019، ص 40.

1150-ياسين الكعيوش، السياسة الجنائية في مواجهة الجرائم البيئية، مرجع سابق، ص 200.

1151-المادة 21 من ظهير شريف رقم 1.03.61 صادر في 10 ربيع الأول 1424 – 12 ماي 2003 – بتنفيذ القانون رقم 13.03 المتعلق بمكافحة تلوث الهواء، منشور بالجريدة الرسمية عدد 4118 – 18 ربيع الآخر 1424 – 19 يونيو 2003، ص 1912: ‘‘يعاقب بغرامة من 2 مائة درهم 100 إلى ألف وأربع مائة 1400 درهم كل من قام بتشغيل عربة أو آلة دلت محرك أو جهاز لاحتراق الوقود أو للإحراق أو للتكييف كانت موضوع منع من طرف الإدارة كما يمكن الأمر بحجز الوسيلة مصدر التلوث‘‘.

مخالفة الضوابط القانونية البيئية لأن هاته الأفعال إن لم تشكل خطرا الآن على البيئة فهي قد ترتبه في المستقبل[1152].

على العموم إن المزج بين شكلية ومادية الجريمة البيئة في الطرح التشريعي المغربي، هو محاولة لوضع قالب تشريعي يستوعب الطبيعة الخاصة للجريمة البيئية، ويتماشى مع الليونة التي تتطلبها المعاملة معها، فالصلة بين الفعل والضرر الحال أو المحتمل يؤيد اعتماد العقوبات الإدارية بالنسبة للخروقات البسيطة مادام أنه خرق التزام إداري فقط[1153]، ثم إن خصوصية الجريمة البيئية لا تقف عند تنوع صفاتها بل تمتد لدرجة المساس بأركان الجريمة وعلى وجه الخصوص ركنها المعنوي.

2-تلاشي الركن المعنوي في الجريمة البيئية

لقد اعتبر التمسك بالركن المعنوي كحجر الزاوية في بنيان الجرائم التي خلقها التطور الصناعي تعطيلا لدور القانون الجنائي، خاصة وأن هاته الجرائم تتميز بصعوبة إثبات ركنها المعنوي، وتحميل سلطة الاتهام هدا العبء سيؤدي حتما لإفلات بعض المتهمين من العقاب بسبب عدم تمكن هده السلطة نسبة العمد أو الخطأ إلى المتهم[1154].

إن التقيد بالركن المعنوي بمفهومه التقليدي، دون الأخذ بعين الاعتبار تطورات الجريمة وما تحتاجه من تطور لقمعها قد يعطل العدالة الجنائية، وفي هدا الصدد مع تعاظم دور التجريم اللائحي أو الفني بدأت تتعالى الأصوات منادية بأن حماية المجتمع ضد الإجرام التنظيمي أو الفني يوجب التغاضي عن الركن المعنوي من بنيان هده الجرائم.

إن الجريمة البيئية شأنها شأن الجرائم الأخرى، فهي ليست ظاهرة مادية بحتة قوامها الفعل وآثاره، ولكنها كدلك كيان نفسي، تتطلب حضور الركن المعنوي أي الباعث النفسي لارتكاب الجريمة، بمعنى توجه إرادة الجاني لارتكاب الجريمة مع العلم بكيانها الواقعي والقانوني، وهدا الركن – المعنوي – يقوم على عنصرين العلم والإرادة فهما شرطان أساسيان لقيام

[1152]-Van Keirsbilck, Chloé ; "Droit pénal de l'environnement : le droit répressif permet-il une protection effective de l'environnement ?" ; Master en droit, finalité justice civile et pénale ; Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, 2020 ; P 46.

[1153]- Van Keirsbilck, Chloé ; "Droit pénal de l'environnement : le droit répressif permet-il une protection effective de l'environnement ?" ; OP ; P 46.

[1154]-أحمد لطفي السيد مرعي، المسؤولية الجنائية الضيقة في النظام الأنجلوأمريكي والقانون المقارن "دراسة حول أزمة الركن المعنوي، وتراجع مبدأ لا جريمة بدون خطأ"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 75 – مارس 2021، ص 115.



السلوك الإجرامي – بمعناه العام – إلا أنهما في الجريمة البيئية يعرفان انكماش نسبي مقارنة مع باقي السلوكات الإجرامية الأخرى.

فالعلم في الجريمة الإدارية يمكن أن نحدده انطلاقا من المغزى التجريم البيئي، الدي يتمثل في حماية الحق في بيئة نظيفة وسليمة، فعلم الجاني بموضوع الحق في بيئة سليمة نظيفة المعتدى عليها بموجب سلوكه كافي لتحقق القصد لديه، فالعلم في الجريمة البيئية مفترض ولا يقبل العكس، وبناء عليه لا يمكن دفع المسؤولية بالتمسك بجهل القانون، أما عنصر الإرادة فهو جوهر القصد الجنائي، فهو المميز بين الجرائم العمدية والغير عمدية، وهدا العنصر في الجريمة البيئية يتأرجح بين الاشتراط تارة وعدم اشتراطه تارة أخرى، وهدا ما اعتمده المشرع المغربي على غرار التجارب المقارنة[1155].

بدلك فالركن المعنوي في الجريمة البيئية يتخذ صورة الخطأ العمد، والإهمال أو الخطأ غير العمد، وقد يتخذ صورة ثالثة تمثل دمج بين صورتي الخطأ العمدي والغير عمدي وهو ما يعبر عنه بالقصد المتجاوز[1156]، إلا أنه في إطار ما أوضحناه من خصوصيات تطول الجريمة البيئية، فإن المسؤولية في إطارها تقوم على أساس الصفة المادية دونما اعتبار للجانب المعنوي الدي يربط الفاعل بماديات الجريمة، خروجا عن المبدأ المستقر في القانون الجنائي بأن لا جريمة بدون خطأ، مما يغير من خصوصية وطبيعة الركن المعنوي في مثل هدا النوع من الجرائم إلى الحد الدي يجعل منه مفترض[1157].

إن افتراض الركن المعنوي استثناء من أصل من الأصول النظرية العامة للجريمة، بحيث يجد نطاقه في زمرة الجرائم التنظيمية التي تستوعب الجرائم الاقتصادية وجرائم حماية البيئة، وهو ما يتماشى ومنطق الجرائم الإدارية فهي جرائم مصطنعة أفردتها التطورات المجتمعية، غايتها مواجهة الإجرام البسيط، وهو ما يمكن اعتباره أسس لهاته النظرية التي جاءت كنتيجة حتمية لبلورة الأساس القانوني الدي تبنى عليه جرائم المسؤولية المطلقة، كحلقة من

[1155]-ياسين الكعيوش، السياسة الجنائية في مواجهة الجرائم البيئية، مرجع سابق، ص 239-240.
[1156]- Van Keirsbilck, Chloé ; "Droit pénal de l'environnement : le droit répressif permet-il une protection effective de l'environnement ?" ; OP ; P 51-52.
[1157]-يوسف بوشي، افتراض الركن المعنوي في الجرائم الماسة بالنظام البيئي، مجلة البحوث العلمية في التشريعات البيئية، المجلد 06، العدد 01، السنة 2019، ص 120.

TEL + 212 771394949 www.allbahit.com Majalatlbahit2017@gmail.com

سلسلة تتابع النظريات التي حاولت سد ثغرة عدم تطلب الركن المعنوي في جرائم المسؤولية المطلقة، كنظرية المخاطر ثم نظرية الإهمال الخاص وصولا إلى فكرة الخطأ المفترض[1158].

ثانيا: ضبط الجريمة البيئية والمتابعة عنها

إن حماية البيئة لا تقف عند تجريم الأفعال الضارة بها وتحديد الأشخاص المسؤولين جنائيا، وإنما تمتد إلى وضع آليات عقابية تهدف إلى قمع هذه الجرائم لا يتحقق ذلك إلا بتوفير جهاز رقابة فعال، يهدف إلى البحث عن هاته المخالفات ومعاينتها وتقديم أصحابها للعدالة، ويراد بمعاينة الجرائم البيئية مشاهدة وإثبات حالة القائمة في مكان الجريمة والأشياء التي تتعلق بها، كما تفيد البحث والتحري عن الأشخاص اللذين لهم صلة بها، وبعبارة أخرى هي إثبات كل ما يتعلق بماديات الجريمة، وهاته السلطة على خلاف القواعد العامة، فهي تنتقل من الشرطة القضائية إلى جهات إدارية تتولى معاينة المخالفات والبحث والتحري بشأنها، كما أن الأمر لا يقتصر على دلك بل يمتد من الضبط حتى تحريك المتابع في حق مخالف المعتدي على النظام البيئي.

1-ضبط الجريمة البيئية

إن عملية ضبط الجريمة والتثبت منها تعد أولى المحطات اتجاه السلوك الإجرامي، يتولاها وفقا للقواعد العامة ضباط الشرطة القضائية، غير أنه نظرا لخصوصية الجريمة البيئية فإنه يتطلب ضبطها استعمال تقنيات خاصة، لا تتوفر عادة لدى ضباط الشرطة القضائية، وهو ما دفع بالمشرع المغربي على غرار التشريعات المقارنة بمنح جهات إدارية صلاحية التثبت وضبط والتحقيق في هاته الجرائم، نظرا لما يتوفرون عليه من تقنيات ومعرفة بمجال عملهم، غير أن هاته الصلاحيات تمارس وفق ضوابط حددها القانون[1159].

وتماشيا وتشعب الحقل القانوني البيئي فإن جهاته الضبطية متعددة بتعدد قوانينه، إد نجد موظفو الجماعات الترابية المفوض لهم صلاحية الضبط كرؤساء الجماعات[1160]، ثم

[1158]- يوسف بوشي، افتراض الركن المعنوي في الجرائم الماسة بالنظام البيئي، مرجع سابق، ص 120.

[1159]- الفصل 27 من القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية: ''يمارس موظفو وأعوان الإدارات والمرافق العمومية الذين تسند إليهم بعض مهام الشرطة القضائية بموجب نصوص خاصة، هذه المهام حسب الشروط وضمن الحدود المبينة في هذه النصوص''.

[1160]- المادة 14 من ظهير شريف رقم 1.03.60 صادر في 10 ربيع الأول 1424 – 12 ماي 2003 – بتنفيذ القانون رقم 12.03 المتعلق بدراسات التأثير على البيئة، منشور في الجريدة الرسمية عدد 5118 – 18 ربيع الآخر 1424 – 19 يونيو 2003، ص 1909: ''يتولى ضباط الشرطة القضائية والأعوان المحلفون والمكلفون من طرف الإدارة والجماعات المحلية بمعاينة وضبط مخالفات مقتضيات هدا القانون ونصوصه التطبيقية''.

الأعوان الإداريون وكذا كل خبير أو شخص كلف بهده المهمة بصورة استثنائية من طرف الإدارة، حيث يسمح لهؤلاء الأطر البيئية بالدخول إلى المشآة والبنايات باستثناء دور السكن، للقيام بعمليات التفتيش والتحري ووضع أجهزة قياس وأخد عينات وإجراء التحاليل وفقا لما ينص عليه القانون[1161]، وكدلك شرطة المياه تتولى تفتيش وتحرير المحاضر في الجرائم و إثباتها.

إن موظفي الإدارة المختصين في المجال البيئي الدين يتولون ضبط الجرائم الماسة بالبيئة، لهم أدوار مهمة في مكافحة كل ما من شأنه المساس بالبيئة، بناء على قدراتهم الفنية والتقنية، وعلى رأس هاته الهيئات الإدارية البيئية نجد جهاز الشرطة البيئة، فهد الأخير يحظى بدور طلائعي في حماية البيئة، إد يشكل وجود جهاز شرطة بيئية فاعلا ومؤهلا ومتخصصا أحد الدعائم الأساسية للمحافظة على البيئة وضمان استمراريتها، ويعكس الأهمية والأولوية التي توليها الدولة لهدا القطاع الحيوي[1162].

تمثل الشرطة البيئية تجديدا في القانون المغربي، باعتبار وجود مثل هدا الهيكل القانون المغربي من شأنه تعزيز حضور البعد البيئي في التشريع المغربي، وقد تم إحداث هدا الجهاز في التشريع المغربي بموجب القانون 99.12 بموجب فصله 35[1163]، فللشرطة البيئة عديد الصلاحيات[1164]، فهي تتولى مهمة التفتيش والبحث والتحري عن المخالفات البيئية وتحرير ما يلزم من محاضر بخصوصها، فهي تعمل بتعاون مع مصالح الأمن الوطني والدرك الملكي ووزارة العدل من أجل مراقبة المخالفات البيئية، وبصفة خاصة الجانب التقني منها المرتبط بثلوث المناخ، كما تتولى مراقبة مطارح النفايات ومحطات تصفية المياه العادمة وشاحنات نقل

[1161]-ياسين الكعيوش، السياسة الجنائية في مواجهة الجرائم البيئية، مرجع سابق، ص 310.

[1162]-أسماء عامر عبد الله، دور الشرطة في تقويم السلوك الإنساني نحو مقاومة التلوث البيئي، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 37، سنة 2021، ص 333.

[1163]-المادة 35 من ظهير شريف رقم 1.14.09 صادر في 4 جمادى الأولى 1435 (6 مارس 2014) بتنفيذ القانون الإطار رقم 99.12 بمثابة ميثاق وطني للبيئة والتنمية المستدامة، منشور في الجريدة الرسمية عدد 6240 – 18 جمادى الأولى 1435 – 20 مارس 2014، ص 3194: ''تحدث شرطة للبيئة مهمتها تعزيز سلطة الإدارات المعنية في مجال الوقاية والمراقبة والتفتيش''.

[1164]-حدد المرسوم رقم 2.14.782 صادر في 30 من رجب 1436 – 19 ماي 2015 يتعلق بتنظيم وبكيفيات سير الشرطة البيئية، منشور في الجريدة الرسمية عدد 6366 – 16 شعبان 1436 – 19 ماي 2015، حيث حدد في مادته الأولى مهام الشرطة البيئية كما يلي:

-المراقبة والتفتيش والبحث والتحري ومعاينة المخالفات وتحرير المحاضر في شأنها المنصوص عليها في مقتضيات كل من القانون رقم 11.03 والقانون رقم 12.03 والقانون رقم 13.03 والقانون رقم 28.00.

-تقديم الدعم الضروري لتعزيز سلطة الإدارات المعنية بتنفيذ تدابير حماية البيئة الواردة في كل نص تشريعي آخر خاص.

النفايات الخطيرة، زيادة على تلوث الماء والهواء ونهب الرمال وتدميرو اقتلاع الأشجار، والعديد من الصلاحيات الأخرى المرتبطة بكل ما من شأنه المساس بالبيئة[1165].

ومن خلال ما سبق، يمكن القول بأن الشرطة الإدارية عموما تتولى مهمة صيانة المجتمع وحفظ نظامه العام، فهي بدلك تعد ضرورة لا غنى عنها[1166]، فحفظ النظام العامة بكافة مداخله خصوصا الشق البيئي منها، دعا لتجنيد كافة الآليات القانونية والمؤسساتية وبالضبط الجانب الإداري نظرا لاحتكاكه اليومي به، الأمر الدي يتطلب اليوم أكثر من أي وقت مضى التعزيز الفعلي للشرطة البيئية وغيرها من الأجهزة التي تتدخل معها لحفظ النظام العام البيئي، لأنها تتميز بالسرعة والفعالية في التدخل، وهده أبرز سمات القانون الجنائي الإداري والأهداف التي يسعى إليها، كما أنها تتميز بالصرامة والحزم المطلوبتين في مباشرة واجباتها داخليا وخارجيا، ولدلك فهي تشكل ضرورة ملموسة في كل الدول لتحقيق الطمأنينة.

إن مكافحة الجريمة لا يقف عند مجرد ضبطها، إنما يتطلب المتابعة عنها بغية إصدار عقاب في حق مرتكبها، وما دمنا نبحث في القانون الجنائي الإداري فقد رأينا بأن هاته المهمة في إطاره تتولاها الإدارة الأمر الدي سوف نبحث مدى حضوره في التشريع البيئي المغربي.

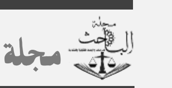
2-سلطة المتابعة عن الجريمة البيئية

إن الأصل في تحريك الدعوى العمومية وممارستها يرجع للنيابة العامة، غير أن المشرع لم يقيد هده الصلاحية على الإطلاق، بل ترك مجال لممارسة هاته الصلاحية وداك هو المدخل الدي من خلاله يجوز للإدارة تحريك المتابعة في إطار قواعد ق.ج.إ، ومن هنا ما دامت الإدارة وأجهزتها معنية بالشؤون البيئية فإنه تقع على عاتقها مسؤولية حمايتها والحفاظ عليها، فهدا التزام عليها طبقا للمواثيق الدولية والتشريعات الوطنية، ومن هده الزاوية فإنها تعتبر صاحبة المصلحة المباشرة في رفع الدعوى البيئية على المعتدي على البيئة، ومن ثم فإن صفتها القانونية ثابتة لها في هدا الشأن في مواجهة هدا الخطر على مواردها البيئية الملتزمة بتنميتها والحفاظ عليها[1167].

[1165]-ياسين الكعيوش، مرجع سابق، ص 306.

[1166]-عزالدين الرماش، الشرطة الإدارية بالمغرب بين التشريع والقضاء، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة سيدي محمد بن عبد الله – كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – فاس، سنة 2019 – 2020، ص 1.

[1167]-محمد يحيى أحمد عطية، الصفة القانونية في رفع الدعاوى البيئية دراسة تحليلية مقارنة في ضوء التشريعات البيئية والمواثيق الإقليمية والدولية، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بدمنهور، العدد الخامس، الجزء السادس، سنة 2020، ص 1152-1153.



TEL + 212 771394949 www.allbahit.com Majalatlbahit2017@gmail.com

وتنزيلا للمقتضيات السابقة، يتولى الموظفين والسلطات الإدارية المخول لها قانونا معاينة المخالفات البيئية، وتحرير بصددها محاضر تثبت الجريمة والضرر المترتب عنها إضافة لكافة وسائل الاستدلال التي يمكن التوصل إليها لتحديد مسؤولية مرتكبها، فالجريمة البيئية قد يبدو ضبطها بسيط من الناحية النظرية، إلا أنه صعب من الناحية العملية لأنه يحتاج إلى طاقات متخصصة بشكل فعال في حماية البيئة[1168].

وتعتبر هاته المحطة في غاية الأهمية، فالإدارة تتمتع بمناسبة ممارسة صلاحياتها لإعمال سلطتها التقديرية، ومعنى دلك أن الإدارة البيئية تقدر بناء على الضرر المترتب وما مسه من مصالح الإجراءات التي ستسلكها بخصوص الملف، هل تصدر عقوبة إدارية فيه إما غرامة أو تصالح بشأنه أو تسحب ترخيصا أو غيره من العقوبات الإدارية الأخرى، أو تحرك الدعوى العمومية – أي تتابع المتهم وفقا لقواعد القانون الجنائي الإداري إدا تبين أن الجريمة تمس مصلحة جوهرية وتخرج من اختصاصاتها – ودلك بإحالة الملف على النيابة العامة المختصة، فالإدارة تمارس صلاحية يمكن وصفها بأنها عملية تصفية للملفات، إد تتكفل بالحالات البسيطة في حين تحيل ما دون دلك على النيابة العامة انسجاما وخطورة الفعل وما رتب من ضرر، يمكن أن نقول عن هدا المنطق بأنه يخلق نوع من المرونة ويتماشى مع طبيعة المخالفات البيئية، كما يصب في منطق القانون الجنائي الإداري.

المحور الثاني: عقاب الجريمة البيئية

يلقى اليوم موضوع العقاب عن الجرائم البيئية اهتماما متزايدا، لأنه يتقاطع من خلاله الهاجس الاقتصادي والقيم البيئية والمنطق القانوني العقابي، فالصعوبة تكمن في كيفية الدمج بين كل هاته الاعتبارات دون قمع صلاحيات كل منها من جهة والاستفادة من امتيازاتها من جهة أخرى، لدلك يشكل البحث عن النظام العقابي الأمثل لحماية المصالح المتدخلة في المجال البيئي هدف سامي.

ولعله إن كانت سياسة التجريم في المجال البيئي تطبعها خصوصيات فريدة فإن العقاب لا يحيد عن نفس الخصوصيات، فالعقاب البيئي يطبعه التعدد والتنوع، فهويتدرج بين العقوبات السالبة للحرية تارة ويزاوج بين الغرامات والعقوبات السالبة للحرية، ثم في بعض الحالات يعاقب

[1168]-آدم سميان دياب الغريري، مرجع سابق، ص 392.

بالغرامة فقط، وتارة أخرى يعتمد نظام عقابي آخر متمثل في العقاب الإداري وتوسيع صلاحية الإدارة من خلاله، عندئذ يتعين على الإدارة السعي إلى توفير الحماية اللازمة بوسائلها المعروفة، إد أن الحاجة إلى بيئة سليمة من أولى الواجبات التي يجب على الإدارة القيام بها من خلال وسائل الضبط الإداري المتاحة لها[1169]، ومصطلح «العقوبات الإدارية» ليس مفهوما جديدا على المجال البيئي، فهي دائما حاضرة إلا أن التغيريكون في نطاقها[1170]، على العموم فالآليات العقابية للإدارة في إطار الزجر الإداري، لا تخرج عن عقوبات مالية "أولا" وعقوبات مقيدة للحقوق "ثانيا".

أولا: العقوبات المالية

إن الحديث عن العقوبات المالية قد يوحي لنا في الوهلة الأولى أنها تقتصر على الغرامة فقط، على اعتبارأن هاته الأخيرة هي الأبرزعلى المستوى الزجر المالي إلا أنها ليست وحدها، ومن أبرزالعقوبات المالية الأخرى سوف نتطرق لعقوبة المصادرة.

1-الغرامة البيئية

كما نعلم فالغرامة هي إلزام المحكوم عليه بأداء مبلغ من المال لفائدة خزينة الدولة، والغرامة الإدارية هي عبارة عن عقاب إداري يتمثل في مبلغ مالي نقدي تفرضه الجهات الإدارية المختصة، على مخالف أحكام القانون البيئي، ودلك عوضا عن ملاحقته جنائيا عن سلوكه[1171]، وتعتبر الغرامة أبرزعقاب إداري معتمد في إطار الزجر الإداري البيئي، ودلك لاعتبارات عدة سواء من حيث سهولة توقيعها أو من حيث سرعة تحصيلها، والغرامة الإدارية تحضر بشكل بارز[1172] في التشريع البيئي المغربي، ونمثل لها بالقانون رقم 77.15 المتعلق بصنع الأكياس البلاستيكية

[1169]-رنا ياسين حسين العابدي، وسائل الإدارة في حماية البيئة "دراسة في التشريع العراقي"، مجلة رسالة الحقوق، السنة الثالثة، العدد الثاني، سنة 2011، ص 187.

[1170]- Aline Coche ; La protection de l'environnement par les sanctions administratives pécuniaires au Québec ; Mémoire présenté à la Faculté études supérieures et postdoctorales en vue de l'obtention du grade de maîtrise en droit option droit des affaires ; Université de Montréal Faculté de droit ; Novembre 2015 ; P3.

[1171]-بن أحمد محمد، الجزاءات الإدارية والجنائية في مجال حماية البيئية – دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 47.

-[1172]نفس الأمر بالنسبة للتشريع البيئي الفرنسي، فهو يعرف حضور عقوبة الغرامة الإدارية بشكل كبير لزجر المخالفات البيئية، غير أنه ما يمكن أن نشير له بالنسبة للتشريع الفرنسي أنه قد صنف المخالفات البيئية إلى أربع أصناف، بالنسبة للصنف الأول هو الخطير ويضم عدد من الجرائم الخطيرة التي تستدعي مواجهتها وجوبا اللجوء للقضاء، في حين الأصناف الثلاثة الأخرى المتبقية فهي التي تعرف حضور عقوبة الغرامة الإدارية، فبالنسبة لجرائم الفئة الثانية، يمكن أن تتراوح الغرامة الإدارية من 50 إلى 100000 يورو، بالنسبة لأولئك من الفئة الثالثة، تتراوح الغرامة من 50 إلى 10000 يورو، وأخيراً بالنسبة لأولئك من الفئة الرابعة، سترتفع الغرامة من يورو واحد إلى 1000 يورو. يورو. ويضاعف الحد الأقصى لهذه الغرامات في حالة تكرار الجريمة في غضون ثلاث سنوات، أنظر في دلك:

Van Keirsbilck, Chloé ; "Droit pénal de l'environnement : le droit répressif permet-il une protection effective de l'environnement ?" ; OP ; P36 .

واستيرادها وتصديرها وتسويقها، إد نص هدا الأخير على غرامات مهمة في حق المخالفين حددتها المواد 9 و10 و11، أقل غرامة نص عليها تتمثل في 2000 درهم في م 10 في حين أقصها تتمثل في 1000000 درهم في م 9[1173].

والغرامة تتخذ صورتين في إطار العقاب الإداري البيئي، فهي قد تكون في شكل ثابت كتعريفة محددة على كل سلوك خاطئ أو تكون محددة بين حدين كما رأينا، أو قد يحدد المشرع الغرامة على أساس المضاعفات، كما هو الحال في الغرامة النسبية، بحيث يترك الأمر للجهة الإدارية سلطة تقديرها وتحديد مقدارها بناء على حجم الضرر[1174]، ونمثل لهاته الحالة بالفصل 143 من ق 36.15 المتعلق بالماء، فهي لم تحدد مقدار الغرامة بل سمحت لوكالة الحوض المائي تقديره بغرامة تساوي عشر مبلغ الأشغال[1175].

والملاحظ عن الغرامة في إطار التشريع البيئي المغربي أنه لا يتم التميز من خلال فرضها بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي، فالمشرع يساوي بينهم رغم اختلاف دممهم المالية[1176]، فالأجدر أن يتم التميز بينهما لأن طبيعة الشخص المعنوي في بعض الحالات تستحق غرامة مالية مرتفعة عما هو مستحق للشخص الطبيعي.

لعل اتساع نطاق الغرامة في التشريع البيئي يحيلنا على مبدأ مهم جاء نتيجة تزايد الاهتمام بحماية البيئة هو "الملوث الدافع"[1177]، يرى الفقه بأن المقصود بهذا المبدأ – الملوث الدافع

[1173]-ظهير شريف رقم 1.15.148 صادر في 25 من صفر 1437 – 7 ديسمبر 2015 بتنفيذ القانون رقم 77.15 القاضي بمنع صنع الأكياس البلاستيكية من مادة البلاستيك واستيرادها وتصديرها وتسويقها واستعمالها:
المادة 9: "يعاقب بغرامة من 200.000 إلى 1.000.000 درهم كل شخص صنع الأكياس البلاستكية، المنصوص عليها في البند 4 من المادة 1 من هذا القانون".
المادة 10: "يعاقب بغرامة من 2000 إلى 500.000 درهم كل شخص يحوز الأكياس البلاستكية، المنصوص عليها في البند 4 من المادة 1 من هذا القانون بغرض بيعها أو عرضها للبيع أو بيعها أو يوزعها بعوض أو بدون عوض".
المادة 11: "يعاقب بغرامة مالية من 2000 إلى 500.000 درهم كل شخص يحوز الأكياس البلاستكية، المنصوص عليها في البنود 5 و6 و7 و8 و9 و10 من المادة 1 أعلاه لأغراض غير تلك الموجهة إليها".

[1174]- بن أحمد محمد، الجزاءات الإدارية والجنائية في مجال حماية البيئية – دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 48.

[1175]-المادة 143 من ظهير شريف رقم 1.16.113 صادر في 6 دي القعدة 1437 – 10 أغسطس 2016 بتفنيد القانون رقم 36.15 المتعلق بالماء: "يعاقب عن الإنجاز بدون ترخيص للأشغال المذكورة في الفقرات 1 و3 و9 من المادة 28 أعلاه وفي المواد 20 و96 و117 أعلاه بغرامة تساوي عشر مبلغ الأشغال تقدره وكالة الحوض المائي".

[1176]- ياسين الكعيوش، مرجع سابق، ص 280.

[1177]-تطرقت أهم الدراسات الاقتصادية والاجتماعية إلى موضوع من يتحمل أعباء حدوث التلوث، ووفق الأصل العام وما تمليه العدالة الاجتماعية أن من يتحمل عبء التلوث البيئي هو من تسبب في إحداثه (أي الملوث) والذي تمت صياغته في المبدأ الشهير الملوث المؤدي أو الدافع le principe pollueur-payeur (P.P.P) ، ويقصد بمبدأ " الملوث المؤدي أو الدافع le principe pollueur-payeur (P.P.P) إدراج كلفة الموارد البيئية ضمن ثمن السلع أو الخدمات المعروضة في السوق، ذلك أن إلقاء نفايات ملوثة في الهواء أو المياه أو التربة هو نوع من استعمال هذه الموارد ضمن عوامل الإنتاج، وبذلك ينبغي أن يدخل استعمال هذه الموارد الطبيعية في كلفة المنتوج او الخدمة المعروضة. وتؤدي مجانية استخدام هذه الموارد البيئية التي

– ينصرف إلى معنيين، أولهما أنه كل من تسبب في إحداث أضرار بيئية للغير يلزم بدفع التعويض المناسب، ويقصد الثاني أن يتحمل الشخص المسؤول عن النشاط المضر بالبيئة كافة التكاليف الضرورية لمنع حدوث هده الأضرار، بناء على دلك فقد تطورت وظيفة الملوث الدافع التي بدأت بتحمل التكاليف المخصصة لمنع التلوث وتدابير الرقابة عليه ثم أصبح آلية وقائية فعلاجية[1178].

ومبدأ الملوث الدافع دو طبيعة مزدوجة قانونية و اقتصادية في الوقت نفسه، فهو يضمن توزيع تكاليف حماية البيئة بشكل منصف، فهو مبدأ قانوني لأنه يعد بمثابة طرح جديد للمسؤولية، حيث أن مسؤولية الملوث تكون قائمة سواء كان نشاطه مشروع أو غير مشروع، إد يكفي وجود ضرر يمس بالبيئة، كما أن كونه ينسجم مع فكرة العدالة من خلال إلزام محدث الضرر بتحمل تبعاته، فتلويث البيئة لا يجوز، ومنه لابد من تحمل المتسبب فيه مسؤولية التعويض عنه وإصلاحه، كما يشكل المبدأ تطبيق لقاعدة اقتصادية، فهو يعتبر تدعيما للفكرة التي تبناها مؤتمر قمة الأرض وهي التنمية المستدامة، أو التنمية الاقتصادية من منظور بيئي، وهو يقضي على أن الملوث يجب أن تقتطع منه السلطات العمومية نفقات منه ومكافحة التلوث كي تكون البيئة في حالة مقبولة[1179].

إن تطور هدا المبدأ من مفهوم اقتصادي إلى مفهوم قانوني، كونه آلية قانونية للوقاية من التلوث، ليشكل في نهاية المطاف ضمانة لتعويض الأضرار البيئية[1180]، حيث يتمتع بوظائف عدة، سواء مهمة إعادة توزيع تكاليف التلوث لتحقيق التكامل الاقتصادي، كونه يضمن مداخيل جبائية للدولة، ثم من شأنه أن يشكل آلية وقائية من خلال دفع الملوثين إلى تغيير

تدخل ضمن عوامل الإنتاج إلى هدرها، لذلك يعتبر الاقتصاديون أن سبب تدهور البيئة يعود إلى مجانية استخدام الموارد الطبيعية
وقد ظهر هذا المبدأ للأول مرة سنة 1972 من طرف منظمة التعاون و التنمية الاقتصادية(OCDE) ،كما تم تكريسه ضمن المبدأ 16 من لإعلان ريو لسنة 1992، كما ظهر في القانون الفرنسي سنة 1995، بموجب قانون فيفري 1995، ويقضي هذا المبدأ على " أن الملوث يجب أن تقتطع منه السلطات العمومية النفقات الخاصة بالإجراءات الرامية إلى الحفاظ على البيئة في حالة مقبولة "حيث أن سعر الضريبة يتحدد عند النقطة التي تتعادل فيها كلفة الضرر الحدي الذي يسببه الملوث مع التكاليف الحدية لمكافحة التلوث بمعنى أخر فإن الضريبة تساوي تكلفة تفادي الضرر أو تكلفة إزالة الضرر. أنظر: غالي مراد، الجبايات الخضراء ومتطلبات التنمية المستدامة، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، العدد 19 – 30 يونيو / حزيران 2017، ص 93.

[1178]- ولد عمر الطيب، قرميط الجيلالي، تكريس الجباية لحماية البيئة في ظل مبدأ الملوث الدافع، مجلة البحوث العلمية في التشريعات البيئية، المجلد 11، العدد 1 سنة 2021، ص 48.

[1179]- حورية رداوية، تكريس مبدأ ‘‘الملوث الدافع‘‘ في الممارسات الدولية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد التاسع، 31 غشت 2016، ص 13.

[1180]- عطوي وداد، مبدأ الملوث الدافع كآلية بعدية لحماية البيئة، دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد 2، سنة 2020، ص 43.

سلوكياتهم اتجاه البيئة، وأهم وظيفة يتمتع بها هي العلاجية، ولعل طبيعة هدا المبدأ ووظائفه من شأنها أن تمنحنا آلية تمتلكها الإدارة لممارسة رقابتها على البيئة وزجر المخالفين، ليس فقط تحول دون اللجوء للزجر الجنائي بل قبل الزجر الإداري نفسه، إد الإدارة تمارس دور الوقاية حتى لا تلجأ للعلاج بشكلي لاحق بعد حدوث الضرر، ونحن نعلم أن ضرر البيئي يتخذ صور متعددة، إد قد يستعصي في عدة صور إصلاح الضرر الدي أصاب البيئة، لدلك يمكن اعتبار أن التوجه صوب الوقاية من خلال ما تتمتع به الإدارة بالمجال ومنحها ما يكفي من آليات من شأنه أن يوفر عنا عدة خطوات خصوصا منها ما يتعلق بالتجريم والعقاب.

إن الوعي الجدي بأهمية الجبايات البيئية ساعد في توجيه السلوك والفعل الشخصي والجماعي نحو تبني أدوات بيئية أكثر استدامة، دفع مجموعة من الدول إلى تكيف تشريعاتها مع الفلسفة والإطار الجديدة للجبايات الخضراء[1181] ضمن قوانينها البيئية وربطها بالتشريع المالي وبالتالي بالسياسات العمومية، والمغرب بدوره سار في نفس النهج من خلال تحديد لائحة اقتطاعات ضريبية بيئة تشمل مجالات الماء والطاقة والنقل والنفايات...، كتعبير عن إرادة حقيقية في بناء فعل عمومي بيئي يجعل غاية تحقيق التنمية المستدامة في صلب اهتماماته بدل أن يكون الهدف هو مجرد تحصيل موارد لفائدة الخزينة العامة للدولة، ودلك بموجب القانون رقم 47.06 المتعلق بجبايات الجماعات الترابية[1182].

بالرجوع للقانون السالف الدكر نجده ينص على مجموعة من الجبايات وردت في سياق المساهمة في توفير إيرادات مالية مهمة من أجل ضمان حماية واستصلاح البيئة، ندكر منها ما ورد في المادة 77 منه بخصوص فرض رسوم على المؤسسات التي تستغل ينابيع المياه المعدنية أو مياه المائدة المعدة للاستهلاك في شكل قنينات، حيث حددت المادة 80 سعر الرسم في 0.10

[1181]-تعرف الجبايات الخضراء على أنها نوع من الأدوات الاقتصادية لمعالجة المشاكل البيئية، وهي مصممة لاستيعاب التكاليف البيئية وتوفير الحوافز الاقتصادية للأشخاص والشركات لتعزيز الأنشطة المستدامة بيئيا، كما تعرفها منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية (OCDE) الجبايات الخضراء بأنها مجموع الضرائب والرسوم والإتاوات التي يشتمل وعاؤها على منتوج أو خدمة تلحق أضرارا بالبيئة، أو يترجم وعاؤها باقتطاع من الموارد الطبيعية، وعرفتها لجنة الحسابات واقتصاد البيئة على أنها الجباية المفروضة على المنتجات، الخدمات والمعدات...إلخ، التي لها تأثير على البيئة. أنظر: غالي مراد، الجبايات الخضراء ومتطلبات التنمية المستدامة، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، العدد 19 – 30 يونيو / حزيران 2017، ص 90.

[1182]- القانون رقم 47.06 المتعلق بجبايات الجماعات الترابية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.195 بتاريخ 19 من ذي القعدة 1428 30نوفمبر 2007 كما وقع تغييره وتتميمه بالقانون رقم 07.20 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.20.91 بتاريخ 16جمادى الأولى 1442 31 ديسمبر 2020: ج. ر. عدد 6948 بتاريخ 16 جمادى الأولى 1442 31 ديسمبر 2020.

درهم عن كل لتر أو كسر من اللتر[1183] ودلك بغية عقلنة وضبط استعمال المياه من لدن المؤسسات المرخص لها وفق الضوابط المحددة في الترخيص.

كما نجد المادة 90 من نفس القانون وهي تتعلق بالرسوم على استخراج مواد المقالع، فالرسوم تفرض على كميات المواد المستخرجة من المقالع، وهي تفرض على المستغل المرخص له كيفما كان نظام ملكية المقلع، أما بخصوص طريقة احتساب الرسم فهي تتم على أساس كميات المواد المستخرجة من المقالع وحسب طبيعة المواد[1184].

ونشير أيضا للمادة 109 المتعلقة بالرسوم على بيع الحاصلات الغابوية، فمقتضياتها تشمل بيع الحاصلات الغابوية بما فيها الأخشاب المقطوعة من الأشجار على أساس الثمن الدي بيعت به هده الحاصلات دون احتساب الضريبة على القيمة المضافة، ويفرض الرسم على المشتري، وهده الحالة يحدد فيها الرسم بناء على النسبة المئوية، إد حددتها المادة 111 في 10% من مبلغ مبيعات الحاصلات الغابوية[1185].

وبدلك يبدو أن المشرع المغربي يعتمد على المنطق المالي بشكل كبير في حماية البيئة سواء على شكل غرامة عقابية أو شكل جبايات تفرضها الإدارة المختصة، وهدا إن دل إنما يدل على أمرين أساسيين، الأول يمكن اعتبار العقاب المالي أو الملوث الدافع أساسه مبدأ الغنم بالغرم، فكل من يلوث البيئة نتيجة لسلوكه ملزم بالدفع مقابل هدا الفعل سواء بشكل مسبق وهو ما حدد في الجبايات أو في شكل لاحق للفعل من خلال غرامات زجرية، أما الأمر الثاني فإننا نلمس من خلاله – ونحن بصدد دراسة القانون الجنائي الإداري – صلاحيات الإدارة في حماية البيئة

[1183]-المادة 80 من ق 47.06: "يحدد سعر الرسم في 0،10 درهم عن كل لتر أو كسر من اللتر من المياه المعدنية أو مياه المائدة المعدة للاستهلاك في شكل قنينات".

[1184]-المادة 93 من ق 47.06: يحدد سعر الرسم كما يلي:

أصناف المواد المستخرجة	السعر عن كل متر مكعب من المستخرج
بالنسبة للغاسول	من 20 إلى 30 درهم
بالنسبة للرخام ولغرانيت المستخدمين في التكسية	من 15 إلى 20 درهم
بالنسبة للرمال والطين المستخدمين في الهندسة المدنية والبناء والكلس المعد لحجر البناء أو للحصى والطين المعد للصناعة الخزفية...	من 3 إلى 6 دراهم

[1185]- م 111 من ق 47.06: "يحدد سعر الرسم في 10% من مبلغ مبيعات الحاصلات الغابوية المنصوص عليها في المادة 109أعلاه."



وما منحها المشرع من إمكانية فرض غرامات إدارية في حق المخالفين، وكما أشرنا فالجزاء المالي لا يقتصر على الغرامة فقط بل يشمل المصادرة كدلك.

2-المصادرة

تعتبر المصادرة عقوبة مالية إلى جانب الغرامة، والمقصود بها هو تلك العقوبة المالية التي بموجبها يتم نقل ملكية الأموال والأشياء دات الصلة بالجريمة من المحكوم عليه إلى الدولة، وبهذا المفهوم تختلف المصادرة عن الغرامة، في أن الغرامة عقوبة نقدية، في حين أن المصادرة عقوبة عينية.

والمصادرة في التشريع البيئي تتمثل في استيلاء الدولة على المعدات والمواد التي تعد بأنها ضارة بالبيئة، فعلى سبيل المثال مصادرة الآليات والأجهزة أو المواد التي تصدر غازات أو إفرازات سامة يمكن أن تضر البيئة، والمصادرة على نوعان فهي إما أن تكون وجوبية أو جوازية[1186].

وبالعودة للتشريع الزجري البيئي المغربي، أول ما يمكن أن نلاحظه عن المصادرة هو أن المشرع المغربي لم يفرضها كعقوبة منفردة، بل جعلها كتدبير وقائي عيني، إد يمكن أن نجدها من خلال المادة 42 من قانون 13.09 المتعلق بالطاقات المتجددة[1187]، ففي هاته الحالة المحكمة هي التي تصادر التجهيزات والمعدات موضوع المخالفة الماسة بالبيئة، ونشير في نفس السياق إلى ظهير 21 يوليوز 1923 المتعلق بالقنص والمحافظة على الوحيش، الدي عالج موضوع المصادرة، إد نص من خلال المادة 20 على أنه يترتب على كل حكم بالإدانة، مصادرة الأسلحة والأدوات والآلات أو الوسائل المستعملة في القنص، وجلود الحيوانات التي تم قنصها خلافا للنصوص المنظمة للقنص، ويجوز أن تمتد المصادرة للدواب والعربات والوسائل الأخرى[1188]، هدا فيما يخص المصادرة الإجبارية.

[1186]-علي عدنان الفيل، دراسة مقارنة للتشريعات العربية الجزائية في مكافحة جرائم التلوث البيئي، مجلة الزرقاء للبحوث والدراسات الإنسانية، المجلد التاسع، العدد الثاني، سنة 2009، ص 117.

[1187]- ظهير شريف رقم 1.10.16 صادر في 26 من صفر 1431 11 فبراير 2010 بتنفيذ القانون رقم 13.09 المتعلق بالطاقات المتجددة، ج.ر عدد 5822 بتاريخ فاتح ربيع الأخر 1431 – 18 مارس 2010، ص 1118.

[1188]-ياسين الكعيوش، مرجع سابق، ص 282.



في حين نجد مثلا المادة 56 من قانون رقم 27.13 المتعلق بالمقالع[1189]، جعلت المصادرة كتدبيروقائي اختياري تبقى مسألة الحكم بها تقديرية، بحيث تتمتع المحكمة بكامل الصلاحية بأن تأمربمصادرة المواد والآلات التي استعملت في المقالع من طرف المستغل لفائدة الدولة.

وما يمكن قوله بخصوص المصادرة في التشريع البيئة فإنها حاضرة بشكل ملحوظ، غير أنها لا تحضر بصورة العقوبات الإدارة التي تتولى الإدارة إصدارها، إنما هي حاضرة تحت الغطاء الجنائي بناء على حكم قضائي في صورة تدبير وقائي، ولعل احتكار المشرع هاته الصلاحية للمحكمة إن دل على شيء إنما يدل عن حدره من أن يفتح أمام الإدارة المجال لاتخاذ مثل هاته العقوبات، لأنها وإن كانت المصادرة ليست عقوبة مالية بالمعنى الضيق للمال إلا أنها قد تنصب أحيانا على معدات أو أدوات تتجاوز قيمتها مقدار الغرامة التي يمكن الحكم بها.

ثانيا: العقوبات المقيدة للحقوق

إن كفاءة السياسة الجنائية عموما، والسياسة العقابية على وجه الخصوص تقاس بمدى فعالية العقاب الدي تقوم عليه، وهاته الفعالية لا يمكن الحديث عنها دون سن قواعد عقابية متطورة تنسجم وسائر المخاطبين بها أيا كانت صفتهم، فالمجال البيئي يعرف انتشار كبير للأشخاص المعنوية الدي يمكن عقابهم، فالهاجس العقابي هنا هو خلق عقوبات قادرة على قمعهم تماشيا والسلوكات المجرمة المقترفة من طرفهم، فإلى جانب العقوبات المالية نجد العقوبات المقيدة لحقوق المخاطبين بها، فالإدارة تملك صلاحية فرض هاته العقوبات.

1-إيقاف النشاط وغلق المنشأة

يعتبر الغرض من كل منشأة أو العاملين فيها هو استمرار العمل وجني أكبر قدر ممكن من الربح، والسيرورء هاته الغاية يمكن أن يرتب أضرارتمس بالبيئة إن لم يكن معقلنا، وهنا العقوبة كي تكون فعالة يجب أن تصيب في عمق هاته الغاية، ودلك من خلال وقف المنشأة أو إغلاقها فدلك يكون بمثابة إعدام لها.

ويقصد به منع المنشأة المخالفة لأحكام التشريعات البيئية من مزاولة نشاطها بصفة مؤقتة أو دائمة[1190]، في المكان الدي ارتكبت فيه أوبسببه المخالفة البيئية، حيث يتم من خلاله

[1189]- ظهير شريف رقم 1.11.66 صادر في 11 من شعبان 1166 9 يونيو 1211 بتنفيذ القانون رقم 12.16 المتعلق بالمقالع، ج.ر عدد 6374 بتاريخ 15 رمضان 1436 – 2 يوليو 2015، ص 6082.

[1190]-علي عدنان الفيل، دراسة مقارنة للتشريعات الجزائية في مكافحة جرائم الثلوث البيئي، مرجع سابق، ص 119.

إبعاد المنشأة عن دائرة التعامل متى كانت مسرحا أو وسيلة لبعض أوجه النشاط الملوث الدي يشكل خطرا على المجال البيئي عموما[1191].

فغلق المنشأة يحمل معنى وقف الشخص المعنوي، مما يستتبع حظر ممارسة أعماله التي خصص نشاطه لها، ولو كان ذلك باسم آخر أو تحت إدارة أخرى، كما يحمل معنى حل الشخص المعنوي، مما يعني إنهاء وجوده القانوني، والحل يستتبع أيضاً تصفية أمواله، وزوال صفة القائمين على إدارته أو تمثيله[1192]، والغلق قد يكون مؤقتا مثلا في حالة عدم استجابة مزاول النشاط الضار بالبيئة للإنذار وبعد انتهاء مدة الإنذار يصار إلى غلق مؤقت، أو قد يكون غلقا نهائيا، وهدا الأخير أشد صرامة من سابقه[1193].

باستقراء قوانين حماية البيئة بالمغرب، نلاحظ أن المشرع المغربي نص على إغلاق المنشأة أو المؤسسة المسؤولة عن الجريمة البيئية في العديد من القوانين وسنخص بالدكر قانونين اثنين، الأول هو ق 13.03 المتعلق بمكافحة تلوث الهواء، بموجب المادة 13 منه، فالإدارة تمنح الشخص المسؤول عن التلوث التعليمات اللازمة لاتخاذ الإجراءات والإصلاحات الضرورية للحد من الانبعاثات الخطيرة الماسة بالبيئية، غير أنه بالرغم من الاستجابة لأوامر الإدارة بإدخال التعديلات اللازمة فإن مخاطر التلوث لم تتوقف، هنا منح المشرع للإدارة صلاحية التدخل بوقف النشاط أو الاستغلال مصدر التلوث[1194]، وعلى خلاف المادة السابقة وردت المادة 15 من ق 13.03 إد هاته الأخيرة تعاقب بوقف نشاط المنشأة إما كليا أو جزئيا ودلك في حالة عدم احترام صاحب المنشأة الإنذار الموجه له لاتخاذ التدابير اللازمة للحد من ضرر البيئي إلا أنه لم يستجب لها[1195].

ونفس التوجه سار عليه القانون رقم 27.13 المتعلق بالمقالع، فقد نصت المادة 51 منه على الغلق المؤقت للمنشأة، وربط المشرع صلاحية الإدارة باتخاذ هدا الجزاء بتمادي المستغل في المخالفة بعد انصرام شهر واحد على تاريخ فرض الغرامة الإدارية، غير أن الغلق المؤقت يمكن

[1191]- بن أحمد محمد، الجزاءات الإدارية والجنائية في مجال حماية البيئة – دراسة مقارنة، مرجع سابق، 55.

[1192]-علي عدنان الفيل، دراسة مقارنة للتشريعات الجزائية في مكافحة جرائم التلوث البيئي، مرجع سابق، ص 119.

[1193]-رنا ياسين حسين العابدي، وسائل الإدارة في حماية البيئة – دراسة في التشريع العراقي، مرجع سابق، ص 191.

[1194]-م 13 من ق 13.03: ''...غير أنه إدا تبين للإدارة استمرار المخاطر والمضار بالرغم من قيام الشخص المسؤول بالتدابير التكميلية وبوضع التجهيزات والتغييرات المطلوبة، يحق لها أن تأمر بوقف النشاط أو الاستغلال لمصدر التلوث''.

[1195]-م 15 ق 13.03: ''إد لاحظت الإدارة عدم احترام صاحب المنشأة أو مستغل لها لمقتضيات هدا القانون والنصوص الصادرة بتطبيقه، وجهت إليه إنذارا للتقيد بالشروط والمعايير وللقيام بالتدابير والأشغال والإصلاحات الضرورية داخل أجل محدد، وعند عدم تنفيذه تلك الأشغال والإصلاحات يمكنها أن توقف كليا أو جزئيا نشاط المنشأة أو تقوم تلقائيا بإنجاز تلك الأشغال على نفقة المخالف''.

TEL + 212 771394949 www.allbahit.com Majalatlbahit2017@gmail.com

أن يتحول إلى نهائي بمقتضى الفقرة الثانية من م 51، ودلك عند عدم تنفيذ المستغل التدابير اللازمة داخل أجل ستة أشهر من تاريخ توقيف الاستغلال المؤقت، بحيث يجوز للإدارة أن تأمر بإغلاق المنشأة دون الإخلال بصلاحياتها بالمتابعات القضائية[1196].

وما يمكن أن نلاحظه بخصوص غلق و إيقاف المنشأة هو حضوره بشكل بارز في العقاب البيئي، على الرغم من خطورته، يمكن اتخاده سواء من لدن المحكمة على اعتبار أنها صاحبة الولاية العامة في العقاب أو بواسطة الإدارة كونها تشكل جهاز أكثر دراية ومعرفة وقرب من المجال، الأمر الدي خولها صلاحية اتخاده في عدة حالات ولكن في إطار ضوابط قانونية كي لا يصبح أداة تعسف في يدها، إد دائما ما يخولها المشرع غلق المنشأة كآخر تدبير في حال عدم احترام المخالف للقوانين الحمائية للبيئة، وهدا التوجه يعتبر منطقيا لما يتسم به الغلق من شدة.

2-سحب الترخيص

الأصل أن يمارس الأفراد نشاطاتهم وحرياتهم دون إدن مسبق، إلا أن ترك هدا الأمر دون تنظيم يرتب فوضى في المجتمع، وعلى هدا النحو فإن تتولى التنظيم بواسطة الإذن السابق أو الترخيص[1197]، بدلك فالترخيص آلية لتقييد حرية الأفراد في ممارسة أنشطتهم، خولها للإدارة المختصة، فهو وسيلة قانونية وقائية من أجل حماية النظام العام بصفة عامة والبيئة بصفة خاصة.

وبعبارة أخرى فإن الترخيص هو الإذن الصادر من الإدارة المختصة بممارسة نشاط معين لا يجوز ممارسته بغير هدا الإذن، وتمنح الإدارة الإذن إدا توافرت الشروط اللازمة التي يحددها القانون لمنحه، ويشكل الترخيص أبرز أساليب الوقائية لحماية البيئة، لأنه ليس لهيئات الضبط المختصة بحماية البيئة منح التراخيص إلا بعد تحققها من توفر الشروط اللازمة لمنحه.

وفي هدا السياق ينص القانون رقم 27.13 بأنه لا يمكن الشروع في استغلال المقالع إلا بعد الحصول على تصريح في الشكل المتطلب قانونا، إضافة إلى ضرورة الانتهاء من تهيئتها وفق

[1196]- ف 51 من ق 27.13: ''...إدا تمادى المستغل في المخالفة بعد انصرام شهر واحد على تاريخ فرض الغرامة الإدارية، فإن الإدارة توقف استغلال المقلع إلى حين تنفيذ التدابير المذكورة.
وفي حالة عدم تنفيذ التدابير اللازمة من لدن المستغل داخل أجل ستة 6 أشهر من تاريخ توقيف الاستغلال المنصوص عليه في الفقرة 3 أعلاه، تأمر الإدارة بإغلاق المقلع دون الإخلال بالمتابعات القضائي''.
[1197]-محمد أحمد عبد النعيم، مدى سلطة الإدارة في وقف الأنشطة الخطرة على البيئة، مرجع سابق، ص 213.

مقتضيات كناش التحملات و إيداع تصريح بدلك للإدارة، ولكن في حالة عدم احترام المقتضيات السالفة الدكر فإنه تنتهي بقوة القانون صلاحية وصل التصريح، ويكون موضوع الفسخ غير قابل للطعن م 12 من ق 27.13[1198]، وسعيا من الإدارة على التفعيل الجاد للحماية القبلية فإن منح وصل التصريح باستغلال المقلع يتوقف على تقديم كفالة بنكية تستعمل لإعادة تهيئة موقع المقلع المستغل في حالة عدم إعادة تهيئته من طرف المستغل بناء على م 14 من ق 27.13.

وفي نفس السياق يحدد القانون رقم 28.00 المتعلق بتدبير النفايات والتخلص منها[1199]، مثلا من خلال م 30 لشروط منح ترخيص جمع النفايات الخطرة ونقلها، ثم م 40 تشترط نفس المقتضيات بخصوص تدبير النفايات الطبية والصيدلية، وغيرها من الحالات الأخرى التي تتطلب ترخيصا من الإدارة لممارسة أعماله، غير أن المشرع قيد الترخيص بشرط يتعلق بمراعاة حقوق الأفراد[1200]، كما وسع من صلاحيات الإدارة تجاه الترخيص قرر بناء على المادة 57 من ق 28.00 أنه يجوز للإدارة متى تبين لها بأن المصلحة العامة تقتضي سحب الترخيص أن تقوم بسحبه[1201].

وما يمكن قوله هو أن سحب الترخيص بوجه عام وسيلة تلجأ إليها الإدارة لحفظ النظام العام بالنهي عن ممارسة التصرفات الماسة بالبيئة عن طريق سحب التصريح الدي هو أساس ممارسة المخالف لأنشطته المحظورة وبالتالي تكون أغلقت المجال أمامه، كما نشير أنه بغض النظر عن سحب الترخيص فهي تضل ممتلكة لإمكانية المتابعة القضائية في حالات معينة.

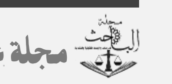
على العموم لقد ظل يرتبط القانون الجنائي والقانون الجنائي الإداري ارتباطا وثيقا في دورهما في حماية البيئة، والدليل على القرب بين القانون الجنائي والقانون الإداري فيما يتعلق

[1198]- الفقرة 3و4 من م 12 من ق 27.13: "... تنتهي بقوة القانون صلاحية وصل التصريح إد لم يشرع في استغلال المقلع المعني خلال مدة أربعة وعشرين شهرا من تاريخ سريان وصل التصريح، مع مراعاة مقتضيات الفقرة الثانية من م 37 أدناه. كما تنتهي بقوة القانون صلاحية وصل التصريح في حالة ما إدا كان العقد أو الرخصة المنصوص عليهما في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 3 أعلاه موضوع فسخ غير قابل للطعن".

[1199]-ظهير شريف رقم 1.06.153 صادر في 30 من شوال 1427 22نوفمبر 2006 بتنفيذ القانون رقم 28.00 المتعلق بتدبير النفايات والتخلص منها، منشور في ج.ر عدد 5480، بتاريخ 15 دو القعدة 1427 – 7 ديسمبر 2006، ص 3747.

[1200]- المادة 56 من ق 28.00: "لا يجوز منح أي ترخيص دون مراعاة حقوق الغير".

[1201]- المادة 5 من ق 28.00: "يجوز متى اقتضت المصلحة العامة ذلك سحب كل رخصة سلمت بمقتضى هذا القانون مقابل تعويض منصف. "



بحماية البيئة، يكمن على الخصوص في إمكانية فرض عقوبات إدارية كعقاب على جريمة بيئية واتساع صلاحيات الإدارة في هدا المجال[1202].

خاتمة:

أولى المشرع المغربي اهتماما خاصا بالبيئة في كافة أبعادها، من خلال ضبط كافة أوجه الحياة التي من شأنها المساس بالبيئة، محاولا بدلك وضع ترسانة تشريعية تسهم بالحد من كل السلوكات الماسة بها، وانسجاما والخصوصيات المميزة للجريمة البيئية فإن مواجهة تقتضي تنويعا في الآليات الزجرية تارتا التشديد وتارة أخرى التخفيف، فهدا الأمر هي ما فتح الباب أمام الإدارة للتدخل للعقاب على هاته الجرائم، كما أنه كون الإدارة أكثر دراية بالمجال من غيرها عزز من صلاحياتها بما من شأنه أن يجعلها أكثر دقة ونجاعة، وفي هدا السياق انتهت الدراسة إلى بعض النتائج والتوصيات هي كالتالي:

أولا-النتائج

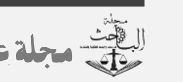
1-تتميز الجريمة البيئية عن غيرها من الجرائم، فهي جريمة مادية أي أنها تتحقق بمجرد ارتكاب الفعل المجرم وحده، ولا اعتبار فيها للنتيجة الإجرامية أو العالقة السببية أو الركن المعنوي، سواء ارتكبت عن قصد أو غير قصد، وسواء كان الخطأ موجودا أو غير موجود، فالنهاية هي قيام الجريمة وثبوت المسؤولية الجزائية عنها بمجرد ارتكاب الفعل وحده.

2-كما تعتبر الجريمة البيئية جريمة شكلية، إد تكون تامة بصرف النظر عن تحقق النتيجة التي أرادها الجاني، إد يكتمل ركنها المادي بمجرد القيام بالفعل المجرم، بغض النظر عما سيحدث أو ينتج عن دلك الفعل من وقائع وأضرار.

3-تتولى ضبط الجريمة البيئية جهات إدارية وهي متعددة بتعدد القوانين المنظمة للبيئة، إد نجد موظفو الجماعات الترابية المفوض لهم صلاحية الضبط كرؤساء الجماعات، ثم الأعوان الإداريون وكدا كل خبير أو شخص كلف بهده المهمة بصورة استثنائية من طرف الإدارة.

4-كما تمثل الشرطة البيئية تجديدا في القانون المغربي، باعتبار وجود مثل هدا الهيكل القانون المغربي من شأنه تعزيز حضور البعد البيئي في التشريع المغربي.

[1202]- Van Keirsbilck, Chloé ; "Droit pénal de l'environnement : le droit répressif permet-il une protection effective de l'environnement ?" ; OP ; P 34.



5-إن المتابعة عن الجريمة البيئية تشترك فيها كل من النيابة العامة والإدارة، فالنيابة العامة هي المختصة من حيث الأصل، غير أن المشرع خول للإدارة أن تتابع عن الجرائم البسيطة – المخالفات – وإصدار عقوبات إدارية بخصوصها.

6-أما على مستوى العقاب، تحظى العقوبات المالية بمساحة شاسعة خصوصا عقوبة الغرامة، لأن هاته الأخيرة من شأنها أن تحقق الغايات المتوخاة من العقاب، خصوصا نظرا لحضور الشخص المعنوي في شكل كبير في المجال البيئي.

7-كما يعرف المجال البيئي حضور عديد العقوبات الإدارية المقيدة للحقوق، سواء إيقاف نشاط المؤسسة المسببة في الثلوث لمدة محددة، أو إغلاقها بشكل مؤقت أو نهائي، ونظرا لكون أي نشاط اقتصادي إلا ويقوم على ترخيص من لدن الإدارة، فإن هاته الأخيرة تملك صلاحية سحب الترخيص كجزاء على مخالفة الضوابط البيئية.

ثانيا: التوصيات

1-من أهم التوصيات التي يمكن أن نقدمها في هدا الصدد، هي تلك المتعلقة بالنظام التشريعي المتعدد والدي يمكن وصفه "بالمشتت"، إد ينبغي على المشرع المغربي أن ينظم كافة القوانين البيئية في إطار مدونة واحدة تفاديا للتشتت وتحقيقا للعلم بالقاعدة القانونية.

2-اعتماد عقوبات خاصة بالشخص المعنوي، لأنه لا يمكن المساواة بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي خصوصا بالنسبة لعقوبة الغرامة.

لائحة المراجع:

أطاريح:

1- ياسين الكعيوش، السياسة الجنائية في مواجهة الجرائم البيئية، أطروحة نيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – فاس، سنة 2019/2018.

2- عزالدين الرماش، الشرطة الإدارية بالمغرب بين التشريع والقضاء، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة سيدي محمد بن عبد الله – كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – فاس، سنة 2019 – 2020.

مقالات:

1- وردى بن بوعبد الله، ميلود بن عبد العزيز، خصوصية نص التجريم في الجرائم البيئية، مجلة العلوم الإنسانية لجامعة أم البواقي، المجلد 8، العدد 3، ديسمبر2021.

2- محمد أحمد عبد النعيم، مدى سلطة الإدارة في وقف الأنشطة الخطرة على البيئة – دراسة تحليلية مقارنة، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد السابع والثلاثون لسنة 2022، الجزء الأول 1/3.

3- بن أحمد محمد، الجزاءات الإدارية والجنائية في مجال حماية البيئة – دراسة مقارنة، مجلة البحوث العلمية في التشريعات البيئية، العدد الثامن – يناير2017.

4- وردة بن بوعبد الله، ميلود بن عبد العزيز، خصوصية نص التجريم في الجرائم البيئية، مجلة العلوم الإنسانية لجامعة أم البواقي، المجلد 8، العدد 3، ديسمبر2021.

5- آدم سميان دياب الغريري، الأوصاف الخاصة بالجرائم مبكرة الإتمام، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة 6، المجلد 6، العدد 6، الجزء 1، سنة 2017.

6- مزياني عمار، الجرائم المادية والمسؤولية الجنائية، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 7، العدد 2، سنة 2022.

7- عبد القادر قائد سعيد المجيدي، النتيجة المادية وغير المادية للجريمة – قراءة جديدة للنتيجة الإجرامية، المجلة العلمية لجامعة سبأ، مجلد 1، عدد 2، سنة 2021.

8- أحمد لطفي السيد مرعي، المسؤولية الجنائية الضيقة في النظام الأنجلوأمريكي والقانون المقارن "دراسة حول أزمة الركن المعنوي، وتراجع مبدأ لا جريمة بدون خطأ"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 75 – مارس 2021.

9- يوسف بوشي، افتراض الركن المعنوي في الجرائم الماسة بالنظام البيئي، مجلة البحوث العلمية في التشريعات البيئية، المجلد 06، العدد 01، السنة 2019.

10- أسماء عامر عبد الله، دور الشرطة في تقويم السلوك الإنساني نحو مقاومة التلوث البيئي، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 37، سنة 2021.

11- محمد يحيى أحمد عطية، الصفة القانونية في رفع الدعاوى البيئية دراسة تحليلية مقارنة في ضوء التشريعات البيئية والمواثيق الإقليمية والدولية، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بدمنهور، العدد الخامس، الجزء السادس، سنة 2020.

12- رنا ياسين حسين العابدي، وسائل الإدارة في حماية البيئة "دراسة في التشريع العراقي"، مجلة رسالة الحقوق، السنة الثالثة، العدد الثاني، سنة 2011.

13- غالي مراد، الجبايات الخضراء ومتطلبات التنمية المستدامة، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، العدد 19 – 30 يونيو/ حزيران 2017.

14- ولد عمر الطيب، قرميط الجيلالي، تكريس الجباية لحماية البيئة في ظل مبدأ الملوث الدافع، مجلة البحوث العلمية في التشريعات البيئية، المجلد 11، العدد 1 سنة 2021.

15- حورية رداوية، تكريس مبدأ "الملوث الدافع" في الممارسات الدولية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد التاسع، 31 غشت 2016.

16- عطوي وداد، مبدأ الملوث الدافع كآلية بعدية لحماية البيئة، دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد 2، سنة 2020.

قوانين:

1- ظهير شريف رقم 1.03.61 صادر في 10 ربيع الأول 1424 – 12 ماي 2003 – بتنفيذ القانون رقم 13.03 المتعلق بمكافحة تلوث الهواء، منشور بالجريدة الرسمية عدد 4118 – 18 ربيع الآخر 1424 – 19 يونيو 2003، ص 1912.

2- القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية.

3- ظهير شريف رقم 1.03.60 صادر في 10 ربيع الأول 1424 – 12 ماي 2003 – بتنفيذ القانون رقم 12.03 المتعلق بدراسات التأثير على البيئة، منشور في الجريدة الرسمية عدد 5118 – 18 ربيع الآخر 1424 – 19 يونيو 2003، ص 1909.

4- القانون رقم 47.06 المتعلق بجبايات الجماعات الترابية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.195 بتاريخ 19 من ذي القعدة 1428 30نوفمبر 2007 كما وقع تغييره وتتميمه

بالقانون رقم 07.20 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.20.91 بتاريخ 16 جمادى الأولى 1442 31 ديسمبر 2020: ج. ر. عدد 6948 بتاريخ 16 جمادى الأولى 1442 31 ديسمبر 2020.

5- ظهير شريف رقم 1.14.09 صادر في 4 جمادى الأولى 1435 (6 مارس 2014) بتنفيذ القانون الإطار رقم 99.12 بمثابة ميثاق وطني للبيئة والتنمية المستدامة، منشور في الجريدة الرسمية عدد 6240 – 18 جمادى الأولى 1435 – 20 مارس 2014، ص 3194.

6- المرسوم رقم 2.14.782 صادر في 30 من رجب 1436 – 19 ماي 2015 يتعلق بتنظيم وبكيفيات سير الشرطة البيئية، منشور في الجريدة الرسمية عدد 6366 – 16 شعبان 1436 – 19 ماي 2015.

7- ظهير شريف رقم 1.15.148 صادر في 25 من صفر 1437 – 7 ديسمبر 2015 بتنفيذ القانون رقم 77.15 القاضي بمنع صنع الأكياس البلاستيكية من مادة البلاستيك واستيرادها وتصديرها وتسويقها واستعمالها.

8- ظهير شريف رقم 1.16.113 صادر في 6 دي القعدة 1437 – 10 أغسطس 2016 بتفنيد القانون رقم 36.15 المتعلق بالماء.

9- ظهير شريف رقم 1.10.16 صادر في 26 من صفر 1431 11 فبراير 2010 بتنفيذ القانون رقم 13.09 المتعلق بالطاقات المتجددة، ج.ر عدد 5822 بتاريخ فاتح ربيع الآخر 1431 – 18 مارس 2010.

10- ظهير شريف رقم 1.11.66 صادر في 11 من شعبان 1166 9 يونيو 1211 بتنفيذ القانون رقم 12.16 المتعلق بالمقالع، ج.ر عدد 6374 بتاريخ 15 رمضان 1436 – 2 يوليو 2015.

11- ظهير شريف رقم 1.06.153 صادر في 30 من شوال 1427 22 نوفمبر 2006 بتنفيذ القانون رقم 28.00 المتعلق بتدبير النفايات والتخلص منها، منشور في ج.ر عدد 5480، بتاريخ 15 دو القعدة 1427 – 7 ديسمبر 2006.

مراجع باللغة الأجنبية:

-1 Van Keirsbilck, Chloé ; "Droit pénal de l'environnement : le droit répressif permet-il une protection effective de l'environnement ?" ; Master en

droit, finalité justice civile et pénale ; Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, 2020 .

2- Aline Coche ; La protection de l'environnement par les sanctions administratives pécuniaires au Québec ; Mémoire présenté à la Faculté études supérieures et postdoctorales en vue de l'obtention du grade de maîtrise en droit option droit des affaires ; Université de Montréal Faculté de droit ; Novembre 2015 .



الأستاذة رقية بلكوس
باحثة بسلك الدكتوراه كلية الشريعة جامعة ابن زهر

إحياء أراضي الموات في الفقه الإسلامي والتشريع المغربي وأثره في التنمية الاقتصادية

The revival of Mowat lands in Moroccan jurisprudence and legislation and its impact on economic development

مقدمة:

قال سبحانه وتعالى في كتابه الكريم هُوَ ٱلَّذِي جَعَلَ لَكُمُ ٱلۡأَرۡضَ ذَلُولٗا فَٱمۡشُواْ فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُواْ مِن رِّزۡقِهِۦۖ وَإِلَيۡهِ ٱلنُّشُورُ١٥ [الملك: 15] ، وقال عزوجل أَلَمۡ نَجۡعَلِ ٱلۡأَرۡضَ مِهَٰدٗا ٦ وَٱلۡجِبَالَ أَوۡتَادٗا ٧ [النبأ: 6-7]، وقال عز شأنه: وَٱللَّهُ جَعَلَ لَكُمُ ٱلۡأَرۡضَ بِسَاطٗا ١٩ لِّتَسۡلُكُواْ مِنۡهَا سُبُلٗا فِجَاجٗا [نوح: 19-20]، فمن خلال هذه الآيات الكريمات يتبين لنا عناية الله سبحانه وتعالى فائقة بالأرض باعتبارها من مصادر الرزق، وأمره تعالى بالسعي فيها لتحصيل الكسب المشروع، وجاء في السنة النبوية أحاديث تعضد ما ذهب إليه القرآن الكريم في مجال إحياء الأرض والانتفاع بها. قال الرسول صلى الله عليه وسلم:" لا يغرس مسلم غرسا، ولا يزرع زرعا فيأكل منه طير أو إنسان، أو بهيمة إلا كان له به صدقة"[1203] ،وقال :" من أحيا أرضا ميتة فهي له". وما لا يخفى أن إعمار الأرض في الشريعة الإسلامية هو عبادة ومن أبرز لوازم عمارتها ومن أفضل الطرق لاستثمارها هو "الاحياء" فهذا الأخير يعتبر شرعا وقانونا سببا من أسباب كسب الملكية. فهل حقا العمل على إحياء أرض موات يخول صاحبه تمليك هذه الأرض ملكا خاصا أي ملكية مفردة أم أن ذلك يكسبه حق الاستغلال فقط دون التملك؟ او بالأحرى ما وضع هذه الأراضي الموات، هل هي تعتبر ملكا خاصا للدولة او ملكية خاصة لمن أحياها؟ هذا ما سيتبين معنا من خلال دراسة الموضوع كما يلي:

[1203] أخرجه البخاري في صحيحه 66/3 ومسلم في صحيحه 1188/3 .

- المبحث الأول: أراضي الموات تعريفها، ومشروعية إحياءها، طرقه وكيفيته وشروطه.

المبحث الثاني: إحياء أراضي الموات في ظل التشريع المغربي وأثره في التنمية الاقتصادية.المبحث الثالث: إحياء أراضي الموات ونهج المغرب سياسة الإصلاح الزراعي.

المبحث الأول: تعريف إحياء أراضي الموات، مشروعيته، شروطه.

المطلب الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي لإحياء أراضي الموات.

التعريف اللغوي

الأرض تطلق على ما يقابل السماء جمعها آراض، وأرضون ، وأروض و أراضي، وتطلق على سفلة البعيروالدابة وأرض الإنسان ركبتاه فما بعدهما. وأرض النعل: ما أصاب الأرض منها.[1204]

الموات من مات يموت ويمات ويميت، فهو ميت وميت: ضد حي. ومات: سكن، ونام، وبلي، أو الميت، مخففة: الذي مات، والميت والمائت: الذي لم يمت بعد، ج: أموات والميتة: ما لم تلحقه الذكاة، وبالكسر: للنوع.[1205]

والإحياء من حيى حياة حيوانا، أحياه جعله حيا واستحياه. استبقاه وأرض حية: مخصبة.[1206]

التعريف الاصطلاحي:

الإحياء: إصلاح الأرض الموات بالبناء أو الغرس أو الكِرَاب[1207]، أو غير ذلك.

والموات: الأرض التي لا عمارة ولا ماء فيها، ولا يملكها ولا ينتفع بها أحد.[1208] أو هو عند الحنفية الأرض التي تعذر زرعها لانقطاع الماء عنها، أو لغلبته عليها، غير مملوكة، بعيدة من العامر. أو هو ما سلم عن اختصاص بإحياء أي بسبب إحياء.[1209]وحد الموات عند الشافعية: ما

[1204] لسان العرب لابن منظور 112/7 حرف الضاد ، فصل الالف .

[1205] القاموس المحيط 160/1 و161 أنظر كلمة مات يموت .

[1206] القاموس المحيط 1277/1 و1278 أنظر كلمة حيٍ .

[1207] كرب الأرض قلبها للحرث .

[1208] القوانين الفقهية ص 339 كشاف القناع 205/ 4.

[1209] تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي 6/34 .

لم يكن عامراً، ولا حريماً لعامر، قرب من العامر أو بعد.[1210] وقد عرفها الحنابلة: بالأرض الخراب، الدارسة، الداثرة التي لا يعلم أنها ملكت.[1211] وعرفها ابن حزم الظاهري بأنها كل أرض لا مالك لها ولا يعرف أنها عمرت في الإسلام.[1212]

ونستخلص من هذه التعاريف أمرين متفق عليهما:

1. أن الارض الموات لا يكون لها مالك معين محدد.
2. أن الارض الموات هي الارض التي تعذر استثمارها لسبب من الأسباب ولا ينتفع بها وليست بها عمارة .

والحنفية يشترطون كون أرض الموات بعيدة عن العمران.

ولا نغفل عن تعريف الإمام الشوكاني للإحياء وهو" إحياء الموات استصلاحه وعمارته بأي نوع من أنواع الإحياء من زرع أو غرس أو بناء "[1213] فالإحياء عند الإمام الشوكاني يتم بأمور وهي:

1. استصلاح الأرض بتنقية أحجارها، وتسوية أرضها، بحبس الماء إن كانت مغمورة وغيرها من الأمور.
2. عمارتها ببناء مساكن، أو حظائر، أو زرعها أو غرسها بالأشجار.

ومضمون التعاريف هو أن إحياء الموات في الغالب: يعني استصلاح الأراضي الزراعية أو جعلها صالحة للزراعة، برفع عوائق الزراعة من أحجار وأعشاب منها، واستخراج الماء، وتوفير التربة الصالحة للزراعة، و إقامة الأسوار عليها أو تشييد البناء فيها.[1214]

والإحياء ورد عن الشارع مطلقاً، وما كان كذلك وجب الرجوع فيه إلى العرف؛ لأنه قد يبين مطلقات الشارع، والذي يحصل به الإحياء في العرف أحد خمسة أسباب: تبييض الأرض، وتنقيتها

[1210] مغني المحتاج 361/2 .
[1211] المغني والشرح الكبير لابن قدامة 164/6 .
[1212] المحلى لابن حزم 233/8 .
[1213] نيل الأوطار للشوكاني 3 / 340 .
[1214] الفقه الاسلامي وأدلته للزحيلي 4615/6 .

للزرع، وبناء الحائط على الأرض، وحفر الخندق القعير الذي لا يطلع من نزله إلا بمطلع، واستخراج الماء.[1215]

المطلب الثاني : مشروعية إحياء أراضي الموات.

ثبتت شرعية إحياء الموات بالسنة النبوية في أحاديث كثيرة منها: قوله صلى الله عليه وسلم «من أحيا أرضاً ميتة فهي له»[1216]وقال: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق» [1217] وقال عليه الصلاة و السلام: «من عمر أرضاً ليست لأحد، فهو أحق بها»[1218]، وقال: « من سبق إلى ماء لم يسبقه إليه مسلم فهو له» قال: فخرج الناس يتعادَوْن[1219] يتخاطُون[1220]».[1221] وقال عليه الصلاة والسلام : « من أحاط حائطا على أرض فهي له»[1222]، والحديث مروي عن سمرة وإسناده صحيح.

هذه الأحاديث دلت على إباحة إحياء الأرض الميتة التي لا مالك لها، ولم ينتفع بها أحد، فيحييها الشخص بالسقي، أو الزرع أو الغرس، أو البناء، أو بالتحويط على الأرض بمقدارما يسمى حائطاً في اللغة. قال عروة: قضى عمربن الخطاب رضي الله عنه في خلافته وعامة فقهاء الأمصار على أن الموات يملك بالإحياء، وإن اختلفوا في شروطه.

وتدل الأحاديث أيضاً على أن الشرع رغب في الإحياء، لحاجة الناس إلى موارد الزراعة، وتعمير الكون، مما يحقق لهم رفاهاً اقتصادياً، ويوفر ثروة عامة كبرى.[1223] لكن كيف يتم هذا الإحياء؟

المطلب الثالث: كيفية الإحياء وطرقه.

[1215] سبل السلام الصنعاني 82/3 .

[1216] أخرجه السيوطي في الجامع الصغير 557/2 ومالك في الموطا743/2 وابو داوود في سننه 178/3 .

[1217] رواه أحمد وابو داوود والترمذي وقال: هذا حديث حسن .

[1218] رواه مالك في موطئه واحمد والبخاري وابو داوود عن عائشة أنظر نصب الراية للزيلعي 288/4 ونيل الاوطار 320/5 .

[1219] يتعادون بمعنى الاسراع بالسير .

[1220] يتخاطون بمعنى يعملون على الارض علامات بالخطوط وتسمى الخطط جمع خطة بكسر الخاء .

[1221] رواه ابو داوود في سننه عن سمرة بن مضرس/كتاب الخراج والامارة والفيء باب في اقطاع الارضين .

[1222] أخرجه أبو داوود في السنن/كتاب الخراج و الفئ 179/3 والإمام أحمد في مسنده 127/2 و السيوطي في الجامع الصغير 552/2

[1223] الفقه الاسلامي وادلته 4616/6 .

إحياء الأرض الموات: يكون باستصلاحها للزراعة بحسب عرف الناس وعاداتهم، كما قرر الشافعية، لكن للمذاهب آراء في الموضوع.

قال الحنفية[1224]: إصلاح الأرض الموات يكون بالبناء أو الغرس أو الكراب (قلبها للحرث)، أو إقامة المسنّاة (السد: وهو ما يبنى ليرد ماء السيل، والمراد هنا الجسر)، أو شق النهر، أو إلقاء البذور، أو السقاية مع حفر الأنهار، أو التحويط والتسنيم بحيث يعصم الماء؛ لأنه من جملة البناء.

وقال المالكية [1225]: الإحياء يكون بالبناء والغرس والزراعة والحرث وإجراء المياه فيها وغيرها من أحد أمور سبعة هي:

1. بتفجير ماء لبئر أو عين، فيملك به، وكذا تملك الأرض التي تزرع به؛
2. بإزالة الماء منها حيث كانت الأرض غامرة بالماء؛
3. ببناء أرض؛
4. بسبب غرس الشجر فيها؛
5. بسبب تحريك أرض بحرثها ونحوه (الحراثة)؛
6. يكون بسبب قطع شجر بها بينة وضع يده عليها؛
7. بسب كسر حجرها مع تسوية الأرض؛

وقال الشافعية[1226]: الإحياء الذي يملك به: يختلف بحسب الغرض المقصود من الأرض، ويرجع فيه إلى العرف، والعرف يمثل المصلحة عادة؛ لأن الشرع أطلقه، ولا حد له في اللغة، فيرجع فيه إلى العرف كالقبض في المبيع والموهوب، والحرز في السرقة: وهو في كل شيء بحسبه، والضابط: التهيئة للمقصود. فإن أراد إحياء الموات مسكناً، اشترط فيه تحويط البقعة بآجر أو لبن أو قصب بحسب عادة ذلك المكان. والمعتمد أنه لا يكتفى بالتحويط من غير بناء، بل لا بد من البناء، ويشترط سقف بعض الأرض ليتهيأ للسكنى، وتعليق (نصب) باب؛ لأن العادة في

[1224] تبيين الحقائق 36/6 .
[1225] الشرح الصغير 93/4.
[1226]مغني المحتاج 365/4 وما بعدها والمهذب 424/1 .

المنازل أن يكون لها أبواب، ولا تصلح الأرض للسكنى بما دون ذلك (أي بالبناء والسقف وتركيب باب). وإن أراد إحياء الموات زريبة دواب أو نحوها، كحظيرة لجمع ثمار وغلات وغيرها، فيكتفى بالتحويط بالبناء بحسب العادة، ولا يشترط سقف شيء؛ لأن العادة فيها عدمه، ولا بد فيه من تركيب باب على الأرجح مع البناء أو التحويط بالبناء. وإن أراد إحياء الموات مزرعة، فيطلب جمع التراب حولها، وتسوية الأرض، وترتيب ماء لها بشق ساقية من نهر، أو بحفر بئر أو قناة أو نحوها، إن لم يكفها المطر المعتاد. ولا تشترط الزراعة فعلاً في الأصح، لأنه استيفاء منفعة الأرض، وهو خارج عن الإحياء، كما لا يعتبر في إحياء الدار سكناها. والخلاصة: أنه بالتحويط وتسوية الأرض و إيجاد الماء.

وإن أراد إحياء الموات بستاناً، فيشترط جمع التراب حول الأرض كالمزرعة، والتحويط حيث جرت العادة به عملاً بها، وتهيئة ماء كما تقرر في المزرعة. ويشترط أيضاً في البستان غرس البعض على المذهب. فهذا الإحياء يكون بالتحويط وتسوية الأرض و إيجاد الماء والغرس.

وقال الحنابلة[1227]: إحياء الأرض: أن يحوط عليها حائطاً منيعاً، سواء أرادها للبناء أو للزرع أو حظيرة للغنم أو الخشب أو غيرها، لقوله صلّى الله عليه وسلم: «من أحاط حائطاً على أرض، فهي له» [1228]، ولأن الحائط حاجز منيع، فكان إحياء.

وكالحائط: إجراء ماء للأرض من نهر أو بئر إن كانت لا تزرع إلا به، أو حفر بئر فيها ينبع منها الماء، فإن لم يخرج الماء فهو كالمتحجر الشارع في الإحياء.

ومثل الحائط: أن يغرس فيها شجراً، أو أن يمنع عن الموات ما لا يمكن زرعها إلا بحبسه عنها كأرض البطائح.[1229]

وفي الجملة: الإحياء يكون إما بالتحويط المنيع أو إيجاد الماء أو غرس الشجر، ولا يحصل الإحياء بمجرد الحرث والزرع؛ لأنه لا يراد للبقاء بخلاف الغرس، كما لا يحصل الإحياء أيضاً بخندق يجعله حول الأرض التي يريد إحياءها ولا بشوك وشبهه يحوطها به، ويكون تحجراً.

[1227] المغني 535/5 وكشاف القناع 212/4 .

[1228] رواه أحمد و أبو داوود عن جابر ولهما مثله عن سمرة بن جندب .

[1229] البطحاء والابطح مسيل واسع فيه دقاق الحصى .



وما يلاحظ عند تفحص المصادر الفقهية المعالجة لموضوع إحياء الموات نجدها قد أفردت للإقطاع والتحجير حيزا لا يستهان به وذلك للصلة التي تربطهما بالإحياء.

فهل يحصل الإحياء بالتحجير؟

التحجير لغة: من حجر حجرا: إذا أمنع غيره من التصرف أو من وضع حجرا للحيلولة دون أصول الغير إلى شيء.[1230]

اصطلاحا: ضرب حدود حول ما يريد إحياءه.[1231] ومشروعيته مستمدة من قوله صلى الله عليه وسلم:" من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو أحق به"[1232] ، وقوله أيضا:" من أحاط حائطا على شيء فهو له "[1233]

فالتحجير أو التحويط: هو الإعلام بوضع الأحجار حول الأرض، أي وضع سور من الأحجار والأشواك ونحوها على جوانب الأرض، وقد اتفق الفقهاء على عدم صلاحيته للإحياء، لكن المتحجر يكون أحق بها من غيره.

قال الحنفية[1234]: إن حجر شخص الأرض، لا يملكها بالتحجير؟ لأنه ليس بإحياء في الصحيح؛ لأن الإحياء جعلها صالحة للزراعة، والتحجير للإعلام مشتق من الحجر: وهو المنع للغير بوضع علامة من حجر، أو بحصاد ما فيها من الحشيش والشوك ونفيه عنها وجعله حولها، أو بإحراق ما فيها من الشوك وغيره، وكل ذلك لا يفيد الملك، فبقيت مباحة على حالها، لكن المتحجر أولى بها من غيره، ولا تؤخذ منه إلى ثلاث سنين، فإذا لم يعمرها فيها، أخذها الحاكم منه، ودفعها إلى غيرها. والتقدير بثلاث سنين مأخوذ من قول عمر رضي الله عنه: «ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق»[1235]، لكن هذا حكم ديانة، أما قضاء: فإذا أحياها غيره قبل مضيها، ملكها لتحقق سبب الملك منه، دون الأول أي المتحجر.

[1230] لسان العرب لابن منظور 167/4 ومختار الصحاح ص 123 .

[1231] شرح حدود الإمام لابن عرفة للرصاع ص 587 .

[1232] أخرجه بو داوود في سننه 177/3 .

[1233] سبق تخريجه .

[1234] تبيين الحقائق 35/6 .

[1235] نصب الراية 290/4 .

وقال المالكية [1236]: لا يكون الإحياء بتحويط (تحجير) للأرض بنحو خط عليها، ولا رعي كلأ بها، ولا حفر بئر ماشية أو شرب بها، إلا أن يبين الملكية حين حفر البئر، فإن بينها فإحياء.

وقرر الشافعية والحنابلة [1237] أنه: إن تحجر مواتاً، وهو أن يشرع في إحيائه، ولم يتمه، أو أعلم على بقعة بنصب أحجار، أو غرز خشباً فيها، أو نصب أسلاكاً شائكة، أو حاطها بحائط صغير لم يملكها بما ذكر؛ لأن الملك بالإحياء، وليس هذا إحياء. لكن يصير أحق الناس به لحديث أبي داود: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم، فهو أحق به»، فلو أحياه آخر ملكه. فإن لم يتم إحياء المتحجر، وطالت المدة عرفاً، كنحو ثلاث سنين، قيل له: إما أن تحييه فتملكه، أو تتركه لمن يحييه، إن حصل متشوف للإحياء؛ لأنه ضيق على الناس في حق مشترك بينهم، فلم يمكّن من الإحياء، فإن طلب المتحجر المهلة لعذر، أمهل شهرين أو ثلاثة أو أقل، على ما يراه الحاكم لأنه يسير. وإن لم يكن له عذر، فلا يمهل، فهم تقريباً كالحنفية.

<u>فما علاقة الإقطاع بإحياء أراضي الموات؟</u>

الإقطاع: هو جعل بعض الأراضي الموات مختصة ببعض الأشخاص . سواء أكان ذلك معدناً، أم أرضاً، فيصير ذلك البعض أولى به من غيره، بشرط أن يكون من الموات الذي لا يختص به أحد. أو هو تسويغ الإمام من مال الله شيئاً لمن يراه أهلاً له. وأكثر ما يستعمل في الأرض: وهو أن يخرج منها لمن يراه ما يحوزه، إما بأن يملكه، فيعمره، وإما بأن يجعل له غلته مدة.[1238] ومشروعيته مستمدة من رواية وائل بن حُجر: «أن النبي صلّى الله عليه وسلم أقطعه أرضاً بحضر موت، وبعث معاوية ليقطعها إياه»[1239]، وروى ابن عمر: «أن النبي صلّى الله عليه وسلم أقطع الزبير حُضْر فرسه[1240]، وأجرى الفرس حتى قام، ثم رمى بسوطه، فقال: أقطعوه، حيث بلغ السوط»[1241]. وروى عمرو بن شعيب أن النبي صلّى الله عليه وسلم أقطع ناساً من جهينة أو مزينة أرضاً[1242].

[1236] الشرح الكبير 70/4 والشرح الصغير 93/4 .

[1237] مغني المحتاج 366/4 المغني 518/5 المهذب 425/1 .

[1238] أنظر نيل الأوطان 311/5 .

[1239] رواه الترميذي وصححه، نيل الأوطار 312/5.

[1240] حضر فرسه :مقدار عدوه .

[1241] رواه أحمد و أبو داوود لكن في اسناده رجل فيه مقال وهو عبد الله بن عمر بن حفص بن عاصم بن عمر /نيل الاوطار 312/5 .

[1242] رواه سعيد بن منصور في سننه .

وروي أن أبا بكر أقطع الزبير: و أقطع عمر علياً، و أقطع عثمان رضي الله عنهم خمسة من أصحاب رسول الله صلّى الله عليه وسلم: الزبير، وسعد، و ابن مسعود، وخباباً، وأسامة بن زيد، رضي الله عنهم. ويروى عن نافع أبي عبد الله: أنه قال لعمر: إن قَبلنا أرضاً بالبصرة، ليست من أرض الخراج، ولا تضر بأحد من المسلمين، فإن رأيت أن تقطعنيها، أتخذ فيها قصيلا[1243] لخيلي فافعل. قال: فكتب عمر إلى أبي موسى: إن كانت كما يقول، فاقطعها إياه.[1244] ويجوز أيضاً إقطاع المعادن للاستغلال، لا ملك الرقبة (عين الشيء)، لما روى ابن عباس قال: «أقطع رسول الله صلّى الله عليه وسلم بلال بن الحارث المزني معادن القَبَلِيّة[1245]، جَلْسِها وغَوْرِيّها وحيث يصلح الزرع من قُدْس [1246]، ولم يعطه حق مسلم».[1247]

والإقطاع ثلاثة أقسام: إقطاع تمليك، و إقطاع استغلال، و إقطاع إرفاق. و إقطاع التمليك ينقسم إلى موات، وعامر، ومعادن. و إقطاع الاستغلال نوعان: عشر، وخراج. والذي يهمنا هنا هو إقطاع الموات.

<u>حكم إقطاع الموات:</u>

أما إقطاع الموات: فيجوز للإمام باتفاق المذاهب الأربعة إقطاع موات لمن يحييه، فيؤدي إلى عمارة البلاد، لأنه صلّى الله عليه وسلم .كما تقدم .أقطع بلال ابن الحارث العقيق، و أقطع وائل بن حجر أرضاً، و أقطع أبو بكر وعمر وعثمان جمعاً من الصحابة. فإن أقطع الإمام أرضاً لشخص، ملكها عند المالكية[1248] وإن لم يعمرها بشيء، فله بيعها وهبتها، وتورث عنه. وليس هو من الإحياء، بل هو تمليك مجرد.

ولا يملك الموات بالإقطاع عند الجمهور[1249] (غير المالكية)، لأنه لو ملكه ما جاز استرجاعه، بل يصير المقطع كالمتحجر الشارع في الإحياء، فيكون أحق به إذا أحياه خلال مدة أقصاها عند الحنفية ثلاث سنين، لقول عمر: «ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق». ولا ينبغي

[1243] القصيل :الشعير يجز أخضر لعلف الدواب .

[1244] روى هذه الآثار كلها أبو عبيد في الأموال .

[1245] القبلية ناحية من ساحل البحر بينها وبين المدينة خمسة أيام .

[1246] الجلس : كل مرتفع من الأرض ويطلق على أرض نجد .

[1247] رواه أحمد وأبو داوود، ورووياه أيضا من حديث عمرو بن عوف المزني/نيل الأوطار 309/5 .

[1248] الأحكام السلطانية للماوردي، ص 138 .

[1249] كشاف القناع 216/4 وما بعدها .

للإمام أن يقطع من الموات إلا ما قدر المقطع على إحيائه؛ لأن في إقطاعه أكثر من هذا القدر تضييقاً على الناس في حق مشترك بينهم، مما لا فائدة فيه، فيدخل به الضرر على المسلمين.

فإن أقطع الإمام أحداً أكثر من القدر الذي يمكن إحياؤه، ثم تبين عجزه عن عمارته أو إحيائه استرجعه الإمام منه، كما استرجع عمر من بلال بن الحارث ما عجز عن عمارته من العقيق الذي أقطعه إياه رسول الله صلّى الله عليه وسلم. وهذا هو المراد بالمصلحة التي يجوز الإقطاع لأجلها؛ لأن الحكم يدور مع علته.

وللإمام عند الحنابلة إقطاع غير موات تمليكاً، و انتفاعاً للمصلحة.[1250] ويجوز الإقطاع من مال الخراج، كما يجوز من مال الجزية.[1251]

وقال المالكية[1252]: لا يقطع الإمام معمور أرض العنوة كأرض مصر والشام والعراق، أي الصالحة لزرع الحب ملكاً؛ لأنها وقف عندهم، بل يقطعها إمتاعاً و انتفاعاً. وأما ما لا يصلح لزرع الحب، وإن صلح لغرس الشجر، وليس من العقار، فإنه من الموات، يقطعه ملكاً و انتفاعاً. وأما أرض الصلح فلا يقطعها الإمام لأحد مطلقاً؛ لأنها مملوكة لأربابها.

<u>المطلب الرابع: شروط إحياء الموات.</u>

<u>أولا :شروط في المحيي.</u>

المحيي: هو الذي يباشر الإحياء الذي هو من أسباب الاختصاص أو التملك، ويجوز إحياء كل من يملك المال؛ لأنه فعل يملك به كالاصطياد.

ولا يشترط عند الجمهور (الحنفية والمالكية والحنابلة)[1253] كون المحيي مسلماً، فلا فرق بين المسلم والذمي في الإحياء، لعموم قول النبي صلّى الله عليه وسلم: «من أحيا أرضاً ميتة، فهي له»، ولأن الإحياء أحد أسباب التمليك، فاشترك فيه المسلم والذمي، كسائر أسباب الملكية.

[1250] كشاف القناع 217/4 .

[1251] المرجع نفسه.

[1252] الشرح الصغير 4//91 وما بعدها، الشرح الكبير 68/4 .

[1253] الهداية مع تكملة الفتح 138/8 الشرح الكبير 69/4 .

واشترط الشافعية [1254] في المحيي أن يكون مسلماً، ولا يملك الذمي إحياء الأرض الموات، وإن أذن له فيه الإمام؛ لأن الإحياء استعلاء، وهو ممتنع عليهم بدار الإسلام. فلو أحيا ذمي أرضاً، نزعت منه ولا أجرة عليه، فلو نزعها منه مسلم وأحياها، ملكها، وإن لم يأذن له الإمام، إذ لا أثر لفعل الذمي.

ثانيا: شروط الأرض الموات

يشترط في الأرض الموات شروط تتعلق بملكيتها والارتفاق بها ومكانها، وهي ما يأتي:

1 - ألا تكون ملكاً لأحد، مسلم أو ذمي، وليست من اختصاص أحد. وهذا معنى قول الفقهاء: أن تكون الأرض عادياً (أي قديم الخراب بحيث لم يملك في الإسلام، لا مالك لها في الإسلام، فكأنها خربت من عهد عاد). وهذا الشرط متفق عليه فقهاً.[1255]

2 - ألا تكون مرتفقاً بها أي مستعملة ارتفاقاً لأهل البلدة، قريباً أو بعيداً، كمحتطب ومرعى، وناد (مجلس يجتمعون فيه للتحدث)، ومرتكض خيل، ومُناخ إبل، ومطرح رماد، وحريم بئر، وشوارع وطرقات، ونحوها. وهو شرط متفق عليه أيضاً بين المذاهب في الأرجح عند بعضها كالحنفية.[1256]

3 - أن تكون الأرض عند الشافعية في بلاد الإسلام: فإن كانت في دار الحرب فللمسلم إحياؤها إن كانت مما لا يمنعها أهلها عن المسلمين، فإذا منعوها أو دفعوا المسلمين عنها، فلا يملكها المسلم بالاستيلاء.[1257]

ولا فرق عند الجمهور غير الشافعية بين دار الحرب ودار الإسلام لعموم الأخيار، ولأن عامر دار الحرب إنما يملك بالقهر والغلبة كسائر أموالهم.[1258]

إذن فما هو الإحياء الذي يثبت الملك ؟

يشترط في الإحياء الذي يثبت به الملك شرطان في بعض الآراء:

[1254] مغني المحتاج 361/4 .

[1255] كشاف القناع 205/4 الشرح الكبير 66/4 اللباب شرح الكتاب 219/2

[1256] الهداية مع التكملة 136/8 الشرح الكبير 67/4

[1257] مغني المحتاج 362/4

[1258] المغني 515/5 والمراجع السابقة

أولا:- أن يكون الإحياء بإذن الحاكم عند أبي حنيفة، وقال المالكية [1259] إذا كانت الأرض قريبة من العمران، افتقر إحياؤها إلى إذن الإمام، بخلاف البعيدة من العمران، وأن يكون فيها الإذن لمسلم، فلا يأذن الإمام لذمي على المشهور في إحياء الأرض القريبة من العمران، ولا يجوز للذمي إحياء الأرض في جزيرة العرب: مكة والمدينة وما والاها.

ثانيا: - يشترط عند الحنفية في حالة التحجير: أن يتم الإحياء خلال مدة أقصاها ثلاث سنين. فإذا لم يعمرها فيها أخذها الحاكم منه، ودفعها إلى غيره؛ لأن البدء أو الشروع في استصلاحها يتطلب تعميرها، فيحصل النفع للمسلمين بدفع العشر أو الخراج، فإذا لم يحصل المقصود، فلا فائدة فيتركها في يده.[1260] والتقدير بثلاث سنين مأخوذ من قول عمر رضي الله عنه: «ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق» [1261]. وهذه مدة معقولة لاستصلاح الأراضي وتدبير مصالحها. لكن هذا الحكم من طريق الديانة، أما من طريق القضاء، فلو أحياها غيره قبل مضي تلك المدة، ملكها لتحقق سبب الملك منه، دون الأول.

ومذهب الشافعية والحنابلة كالحنفية تقريباً.

وبالرجوع الى مصادر تملك الدولة أي "الملك الخاص " للعقارات يتضح أنها متعددة ومتنوعة، فالتملك إما بمقابل ويكون رضائيا كالاقتناءات العقارية أو عن طريق نزع الملكية، أو يكون مجانا، كالهبات ، المصادرات والحجز وغيره ..ومن بين مصادر تملك الدولة بالمجان يوجد نظام الأراضي التي لا مالك لها وهو ما تناولناه بالدراسة في إطاره الشرعي، أما الآن فسنتناوله في إطاره القانوني لذا سنخصص المبحث الموالي لمعرفة ما يقصد بأراضي الموات في القانون المغربي و تحديدا في ظل مدونة الحقوق العينية ، و أثره في التنمية الاقتصادية .

المبحث الثاني: إحياء أراضي الموات في ظل التشريع المغربي، و أثره في التنمية الاقتصادية.

تمهيد:

إحياء الأرض بزراعتها له دور مهم في الحياة الاقتصادية خاصة في الدول التي تعتمد على الفلاحة في اقتصادها والمغرب من بين هذه الدول لما تحقق من توازن اقتصادي بين الأفراد

[1259] القوانين الفقهية ص 339

[1260] تبيين الحقائق 35/6

[1261] سبق تخريجه

والمجتمع وتوازن أمني بين الدول العربية من خلال استغلال الأراضي الزراعية، وإحياء هذه الأراضي واستغلالها زراعيا كفيل بتحقيق الأمن الغذائي للمجتمعات. لكن السؤال الذي يطرح نفسه ما هو وضع هذا المحيي للأرض هل يعتبر في التشريع المغربي مالكا ملكية خاصة لهذه الأراضي الموات أم أن له الحق فقط في استغلالها والانتفاع بها دون حق تملك الرقبة أي انها تبقى ملكا خاصا للدولة ؟ فهذا السؤال سنجيب عليه في المطلب الأول، وسنتطرق في المطلب الثاني لأثره في التنمية الاقتصادية.

المطلب الأول: إحياء الموات في ظل التشريع المغربي.

إن الهدف من صدور مدونة الحقوق العينية هو توحيد النصوص القانونية المنظمة للعقار غير المحفظ وإن كانت المدونة تطبق كذلك على العقارات المحفظة حتى لا تبقى محلا لتضارب الاجتهادات القضائية واختلاف الآراء الفقهية، ولعل ذلك هو السبب في استفاضة المشرع المغربي في شرح بعض بنود المدونة خاصة ما يتعلق بأسباب كسب الملكية، بشكل خاص إحياء الأراضي الموات، والتي كانت تعد من بين أسباب كسب الملكية استنادا للحديث الشريف" من أحيا أرضا مينة فهي له" [1262] ويطلق هذا المصطلح الفقهي على قيام الشخص بأعمال تؤدي الى جعل الأرض غير المملوكة والتي لا يمكن الانتفاع بها على حالتها، صالحة للاستغلال[1263].

والمشرع المغربي اعتبر احياء الأرض الموات سببا مكسبا للملكية وذلك ما عبر بصريح المادة 222 من مدونة الحقوق العينية التي تنص على أن: " الاراضي الموات التي لا مالك لها تكون ملكا للدولة ولا يجوز وضع اليد عليها إلا بإذن صريح من السلطة المختصة ويكون إحياء الأرض الموات بجعلها صالحة للاستغلال"[1264]، يعني أن المشرع قرر أن الأراضي الموات وغير المزروعة التي لا مالك لها تكون ملكا للدولة، ولا يجوز لأحد تملك هذه الأراضي أو وضع اليد عليها إلا بترخيص صريح من السلطة المختصة وفقا للقانون.[1265] وهذا يعني أن الأرض التي لا تصلح تسمى أرضا ميتة وإحياؤها يكون بجعلها صالحة للانتفاع بها، ويرى الفقهاء أن كل من وضع يده

[1262] سبق تخريجه

[1263] الحقوق العينية في الفقه الاسلامي والتقنين المغربي، ابن معجوز ص 308

[1264] مدونة الحقوق العينة، ادريس الفاخوري، ص 96

[1265] الشافي في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة، عبد الكريم شهبون، ص 404

على ارض ميتة غير مملوكة لأحد وقام بإحيائها وتحويلها الى أرض صالحة للاستغلال تصبح مملوكة له ملكية تامة وذلك استنادا للحديث الشريف" من أحيى ارضا ميتة فهي له" والمالكية يشترطون في تملك أرض الموات بدون الحاجة الى ترخيص من الدولة أن لا تكون هذه الأراضي قريبة من العمران وذلك تفاديا للمشاحنات والمنازعات حول الأرض وحسما لذلك قرر المشرع حسب المادة أعلاه تعميم تملك الدولة للأراضي الموات كلها بدون تخصيص ولا تقييد واعتبار هذه الأراضي الموات التي لا مالك لها هي ملك خاص للدولة ولا يجوز وضع اليد الا بإذن صريح من السلطة المختصة طبقا للقانون، وقد اعتبر المشرع احياء الموات سببا مكسبا للملكية بصريح هذه المادة.[1266] وتوضح المادة 223 من المدونة حق المحيي المتمثل في الاستغلال دون تملك الرقبة وتنص بما يلي :"من أحيى أرضا من الأراضي الموات بإذن من السلطة المختصة فله حق استغلالها "ويفهم منها على أن الأرض غير المملوكة هي من ملك الدولة ومن أخذ إذن بإحيائها له حق استغلالها و إحيائها وتحويلها الى أرض صالحة للاستغلال والانتفاع منا، فالمواد الذي نظمت احياء الموات ربطت مسألة الإحياء بضرورة الحصول على ترخيص قانوني من السلطة المختصة تطبيقا للمادة السالفة الذكر.[1267]

والاحياء حسب مدونة الحقوق العينية يكون بأمور وهي: الزراعة، الغرس، البناء، تفجر ماء بها أو صرفه عنها كما جاء ي المادة 224 من مدونة ح ع وتنص بما يلي" يكون إحياء الأرض الموات بجعلها صالحة للاستغلال، ويتم إحياؤها بزراعتها أو غرس أشجار بها أو إقامة منشآت عليها أو تفجير ماء بها أو صرفه عنها " أي أن إحياء الموات يكون بإحدى هذه الأعمال المنصوص عليها من خلال المادة على سبيل المثال224 بحيث يمكن أن يتحقق الإحياء بأعمال أخرى كإزالة الأملاح الأوساخ أو الأحجار منها، على أنه متى صارت الأرض الموات مستغلة من طرف من أحياها فلا يزول حقه في استغلالها بعودتها الى ما كانت عليه قبل الإحياء كما نصت المادة 225 من م ح ع .[1268] أي أنه من أحيى الأرض الموات و أصبحت صالحة للانتفاع، ومستغلة استغلالا كاملا، بأحد الأعمال السالفة الذكر، ثم أهملها صاحبها بعد إحيائها إهمالا حتى صارت ميتة، فلا يزول

[1266] أنظر المرجع السابق ص 404 – 405 بتصرف
[1267] المرجع السابق بتصرف
[1268] مدونة الحقوق العينية، ص 96 بتصرف

حقه في استغلال هذه الأرض بعودتها الى ما كانت عليه قبل الإحياء كما نصت عليه المادة 225 من مدونة الحقوق العينية.[1269]

فما نستنجه وهو واضح بشكل كبير أن المدونة اختارت في الإحياء مسلك اشتراط الحصول على الإذن في الإحياء بصريح المادة 222 وهو ما يعني أن الأرض الموات غير موجودة حقيقة في التراب المغربي على اعتبار أن الأراضي التي لا مالك لها هي من أملاك الدولة ابتداء، فلا يجوز وضع اليد عليها الا بإذن صريح منها، وأن من أذن له بإحيائها يملّك حق الاستغلال الدائم فقط ويكون الاحياء بجميع الأعمال المتعلقة باستصلاحها من ري أو سقي أو غرس....

ومن خلال قراءتنا للفصل الأول من ظهير 27 أبريل 1919 المتعلق بأراضي الجموع الذي ينص على عدم قابلية الأملاك الجماعية للتفويت أو الحجز أو التقادم كمبدأ عام الا أنه يجوز للجماعة أن تكسب ملكية الأراضي الخلاء التي تم احياؤها استنادا للتشريع الاسلامي وتكون هذه الاراضي التي تم احياءها جماعيا ملكا للجماعة، ويعني أن الأراضي الموات والتي تم إحياءها من طرف الجماعات السلالية قد تدخل في الاراضي الجماعية وذلك قبل صدور القانون المنظم لأراضي الموات 39.08.

لكن ما يعاب على المشرع المغربي أنه يحصر حق المحيي في الاستغلال ثم يجعل هذا الإحياء مما تكسب به الملكية، فهذا تناقض، فالأحرى أن يضع الإحياء بهذا التقييد ضمن الملك الناقص أو ضمن الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية، فشروط الإحياء كما وردت في المدونة ليست على قواعد الفقهاء ولا هي سبب لكسب الملكية.

فما هو أثر إحياء الموات في التنمية الاقتصادية ؟ وهذا ما سنتناوله في المطلب الموالي.

<u>المطلب الثاني : إحياء الموات و أثره في التنمية الاقتصادية.</u>

إذا كان المقصد الشرعي من إحياء أرض الموات هو استثمارها وعمارتها لتحقيق التنمية الاقتصادية فإن إهمالها أو تعطيلها يزيل للمحيي حقه منها لأن بقاء أرض الموات على الجمود لا يساعد على التنمية الاقتصادية.

[1269] الشافي في شرح مدونة الحقوق العينية، ص 407

فلهاذا حث الإسلام على إحياء الأرض وعمارتها من أجل استثمارها واستغلالها، لكن كيف يمكن للمحيي أن يبيع أرض الموات مع العلم أنه لا يملك رقبة الأرض التي أحياها على قول المشرع المغربي؟

وجوابا على هذا السؤال يقول الأستاذ محمد باقر الصدر:" إن البائع يتكفل منح المشتري نفس العلاقة التي كانت تربط المال بالبائع، في مقابل حصول البائع على نفس العلاقة التي تربط الثمن بالمشتري سواء كانت العلاقة على مستوى الملكية، أوعلى مستوى حق، فالفرد الذي أحيا أرضا يجوزله بيعها لأنه يتمتع بعلاقة خاصة بالأرض وهو ما يصطلح عليه باسم الحق ...إن المحيي يبيع حقه في الأرض لا نفس الأرض"[1270].

ومن هذا نستنتج أن المحيي إنما يجوزله ان يبيع حق الانتقاع لا حق الملكية، ولا يجوزله أن يبيع رقبة الأرض لأنه لا يملكها بالأصل، ومنه فإن بيع المحيي حقه الثابت في الملكية العقارية الجماعية جائز شرعا لوجود علاقة شرعية بين هذا الحق والمبيع، غير أن هذا الأخير لا يجوز تملكه إلا بحق شرعي. فالإحياء يعتبر أسلوبا من الأساليب الاستثمارية للملكية العقارية الجماعية لتحقيق التنمية الاقتصادية.[1271]

وتجدر الإشارة الى أن هناك علاقة بين إحياء أرض الموات وبين الإصلاح الزراعي باعتبار أن جعل الأرض صالحة للزراعة واستغلالها على ذلك النحو يعتبر إحياء لها. فماذا يقصد بالإصلاح الزراعي؟ وماهي أهدافه ومبرراته؟ وما هي أهم الإصلاحات الزراعية التي قام بها المغرب؟ وهذا ما سنتناوله بالتفصيل في المبحث الثالث، سنخصص المطلب الأول لتعريف الإصلاح الزراعي، المطلب الثاني، أهدافه ومبرراته، والمطلب الثالث، أهم الإصلاحات الزراعية التي قام بها المغرب بعد الاستقلال.

المبحث الثالث: إحياء أراضي الموات ونهج المغرب سياسة الإصلاح الزراعي.

المطلب الأول: مفهوم الإصلاح الزراعي .REFORME AGRAIRE

[1270] اقتصادنا، محمد باقر الصدر، تحقيق مكتب الإعلام الإسلامي، الطبعة الثانية: طبعة المكتب الإسلامي، ص 706

[1271] الملكية العقارية الجماعية واثرها في التنمية الاقتصادية في الاقتصاد الاسلامي وفي الجماعات المحلية بالمغرب، مبارك أخرضيض، اطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الشريعة، كلية الشريعة جامعة ابن زهر، 2001م/ 1422هـ، ص184 -183 بتصرف .



الإصلاح الزراعي بالمعنى المتداول قد يفسر على أنه مجرد توزيع الملكية الزراعية لصالح المزارعين أو المعدومين الذين هم السواد الاعظم من شعوب الدول التي ساءت ظروف توزيع الملكية لها.

لكن للإصلاح الزراعي تعريف شامل، ومعنى أعمق، ينطوي على ما فيه من وسائل لتحسين الإنتاج ورفع كفاية المشتغلين به أو بمعنى آخر تحسين الكيان أو البنيان الزراعي للدولة بإعادة تنظيمه، والوصول به إلى أفضل المستويات.[1272]

كما يعرف أيضا الإصلاح الزراعي على انه مجموعة من الإجراءات التشريعية والتنفيذية التي تقوم بها السلطات العامة لإحداث تغيرات إيجابية في الحقوق المتعلقة بالأرض الزراعية من حيث ملكيتها، وحيازتها، والتصرف فيها لينجم عن هذه التغيرات إلغاء احتكار الأرض الزراعية، او تقليصه، وضمان توزيع أكثر عدالة في الثروة.

ويتم ذلك عن طريق وضع حد أعلى للملكية الخاصة لا يجوز تخطيه، أو الاستيلاء عليه على ما يتجاوز هذا الحد من أراض، وتوزيعها على فقراء الفلاحين المستحقين وفقا للشروط، وأولويات تختلف باختلاف الأوضاع السياسة، والاقتصادية والسكانية والاجتماعية لكل بلد.[1273]

المطلب الثاني :أهداف الإصلاح الزراعي، ومبرراته.

من أهداف الإصلاح الزراعي الذي وضع موضع التطبيق ركز بشكل كبير على إعادة توزيع الأرض لصالح صغار المزارعين والعمال الزراعيين كإجراء للقضاء على الملكيات الواسعة تمهيدا لإلغاء النظام الإقطاعي، وله غرض اجتماعي بإنهاء الملكيات الكبيرة وسيلة لضمان العدالة والمساواة، أكثر من اعتبارها وسيلة لزيادة إنتاجية الأرض و إنتاجية مستغليها.[1274]

كما أن الغاية من هذا النظام لاتقف عند حد توزيع الأرض بل تتعداه إلى مهام وغايات أخرى، كتنظيم العلاقة بين المالك والمستأجر، والحد من المجالات الاستغلالية والاحتكارية في ميدان الزراعة، وتحسين أساليب الائتمان الزراعي، وتعديل أسس الضرائب الزراعية فيها، مما

[1272] الإصلاح الزراعي وتنمية المجتمع، عبد المجيد مرعي، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، ص 3

[1273] تنمية الزراعة العربية، صلاح وزان، مركز دراسات الوحدة العربية 1998، ص 29

[1274] اقتصاديات الارض والاصلاح الزراعي، عبد الخالق محمد عبدي، مطبعة سليمان الأعظم -بغداد- ، طبعة 1977، ص 13



يؤدي إلى زيادة إمكانياتهم وقدرتهم على الانتاج، وبالتالي زيادة مدخولهم مما ينعكس أثره على الاقتصاد القومي بصفة عامة.[1275]

المطلب الثالث: أهم الإصلاحات الزراعية التي قام بها المغرب بعد الاستقلال.

بعد مفاوضات إيكس ليبان التي أفضت الى الحفاظ على المصالح الاستراتيجية للإمبريالية الفرنسية بالمغرب سيتم الانسحاب التدريجي للمعمرين الفرنسين من الضيعات التي احتلوها والتي تعود ملكيتها الى مختلف القبائل التي انتزعها منهم الاستعمار وفي مجملها هي أراضي خصبة تتواجد بالدوائر السقوية، فخلال الاستقلال الشكلي ستعد الحركة الوطنية اصلاح زراعي شامل هدفه إرجاع الأراضي التي استولى عليها المعمرون وحمايتها من المضاربات، ففي سنة 1963 تم استرجاع الأراضي المسماة أراضي الاستعمار الرسمي وتقدر ب 250 ألف هكتار[1276]، وفي سنة 1973 تم استرجاع الأراضي المسمات بأراضي الاستعمار الخاص وتقدر ب750 ألف هكتار، و ارتباطا مع هذا كله قرر الملك الراحل الحسن الثاني منح بعض الفلاحين الصغار الأشد تضررا، الأراضي الفلاحية أو ذات الأغراض الفلاحية التي تشكل جزءا من المجال الخاص بالدولة، والتي يمكن أن تجزأ أو توزع وذلك بمقتضى الظهير الشريف 1.72.277 بتاريخ 22 ذي القعدة 1392 الموافق ل29 دجنبر 1972 ويراد بالتجزئة حسب هذا الظهير: القطعة الأرضية المسلمة بصفة فردية، الحقوق المشاعة في ارض جماعية، أو التجزئة المتألفة من قطعة أرضية مستقلة ومن حقوق مشاعة في أرض جماعية، وذلك مع ضرورة إنشاء تعاونيات. وكانت الدولة تستهدف بهذا إدخال جزء من الفلاحين الى نطاق الانتاج الرأسمالي وذلك لسببين: الأول سياسي والثاني اقتصادي.

من الناحية السياسية: يكمن السبب في ضرورة التخفيض من حدة تهميش فلاحي المناطق التي تسودها الأشكال الجماعية وبالتالي البحث عن توسيع الأسس الاجتماعية لدعم السلطة العمومية بالبادية وذلك عبر خلق فئة من الفلاحين، تستمد امتيازاتها من أراضي التوزيع ومن الامكانيات المادية التي يوفرها لها التنظيم التعاوني.

[1275] المرجع نفسه.

[1276] حسب ظهير 26 شتنبر 1963 المعدل والمغير لظهير 1919 المتعلق بالاراضي الجماعية الذي ينص على استرجاع الاراضي التي كانت ملكا للمعمرين من طرف الدولة، فهذه الاراضي لم تسترجعها الجماعات السلالية وانم استرجعتها الدولة ووزعت جانبا منها لصغار الفلاحين في اطار سياسة الاصلاح الزراعي و الجانب الاخر استغلته شركات فلاحية تابعة للدولة .

ومن الناحية الاقتصادية فمادام الفلاحون المستفيدون مراقبون بواسطة الدولة من طرف الرأسمال الصناعي الذي تربطه معهم عقد إنتاج، فإنهم يصبحون في وضعية شبه أجرية لهذا الأخير، يتمتعون بالملكية الشكلية للأرض لكنهم فاقدون السيطرة على وسائل إنتاجهم وتبادلهم.[1277]

وقد تميزت الإصلاحات الزراعية بعد الاستقلال بالتركيز على استخدام التقنيات الحديثة وتحديث الزراعة أكثر من الاهتمام بالبنى الزراعية وهذه الإصلاحات عديدة ومن أهمها:[1278]

- إصلاحات 1957، ويهدف تجميع القطع الزراعية الصغيرة في وحدات زراعية واسعة من أجل استخدام المعدات الحديثة كالجرارات.
- إصلاحات 1960، والتي تمت إدارتها من طرف المكتب القومي للري الذي عمل على إصلاح 120 ألف هكتار.
- إصلاحات 1964، الذي يهدف إلى إصلاح الأراضي المسترجعة من الأوربيين، والمغاربة المتعاملين معهم.
- الخطة الثلاثية 1967/1965 مكنت هذه الخطة من توزيع 18 ألف هكتار من الأراضي المروية، و15 ألف هكتار من الأراضي غير المروية.

ويعتبر الدارسون للقطاع الزراعي في المغرب أن المعدل لمعظم المحاصيل الزراعية ارتفع في الستينات مقارنة بالخمسينات، وقد تراجع قسم كبير من المحاصيل في السبعينات مقارنة بالستينات مع المحافظة في الغالب على مستوى أعلى من الذي كان في الخمسينات، فعلى سبيل المثال ارتفع مردود مجموع الحبوب الى 65,2 بالمائة في الخمسينات، وارتفع الى 58.18 بالمائة في الستينات، وتراجع الى 33,7 بالمائة ي السبعينات، ثم ارتفع الى 17,02 بالمائة في النصف الأول من الثمانينات.[1279]

[1277] مقتطف من موقع www.barc.frbb.net موضوع عن التجربة المغربية في الاصلاح الزراعي 1962-1973

[1278] احياء الموات في الفقه الاسلامي والتشريعات العربية، الحديثة طروب كامل، رسالة لنيل درجة الدكتوراه العلوم في الشريعة والقانون 2013-2014 ، جامعة الحاج لخضر باتنة الجزائر، ص 204

[1279] التصور الجديد للاحياء الزراعي، الأمين النصيري، مجلة أطروحات، العدد السابع سنة 1990، ص 91 -135 بتصرف

ومن مظاهر هذا التحديث تعديل سياسة الضريبة على الفلاحين منذ 1962، حيث تم تحويل ضريبة الترتيب الى ضريبة فلاحية تعفي الفلاحين الذين يقل مدخولهم عن 1400 درهم وتأسس في نفس السنة الصندوق الوطني للقرض الفلاحي كأداة لتعبئة الموارد المالية لصالح الفلاحين حتى يتمكنوا من اصلاح وتجهيز اراضيهم، وتأسس بموجب ظهير 30 يونيو 1962 المعهد الوطني للبحث الزراعي. وبتاريخ 1967 أعلن الملك الحسن الثاني عن قرار سقي مليون هكتار في أفق سنة 2000 ، فصدر في سنة 1969 نص على الزامية استصلاح الاراضي الفلاحية داخل المساحات المحددة الا ان هناك كوابح تحول دون هذه التنمية الفلاحية المتمثلة في الوضعية الغير ملائمة (أراضي الجموع واراضي الاحباس) والتوزيع السيء لوسائل الانتاج (الارض، الماء، التجهيزات، المواد الزراعية والقروض) وهشاشة أنظمة الاستغلال الزراعي.[1280]

وتجدر الاشارة أن الخطاب الملكي الاخير يوم 12 أكتوبر 2018 بمناسة افتتاح الدورة التشريعية الجديدة أشار فيه الى ضرورة النهوض بالمجال الفلاحي خاصة ما تعرفه حاليا الأراضي الفلاحية من تقسيم متزايد مع ما ينتج ذلك من ضعف في الإنتاجية، ويطالب فيه الحكومة ببلورة آليات مبتكرة لتحفيز الفلاحين على المزيد من الانخراط في تجمعات وتعاونيات فلاحية منتجة ومتابعة تكوين فلاحي، كما طالب كذلك بجعل الاراضي السلالية قابلة للاستثمار فيها في المجال الفلاحي وتسهيل تمليكا خاصة لذوي الحقوق.

خاتمة.

في ختام هذا البحث نستخلص أن المشرع المغربي لم يحكم مسألة تنظيم أراضي الموات بنص قانوني الا بعد صدور مدونة الحقوق العينية خاصة المواد 222 الى 226 منها، فهذه الفصول تؤكد وتقر بكون الاراضي التي لا مالك لها هي ملك للدولة ولا يجوز وضع اليد عليها إلا بإذن صريح من السلطة المختصة، ومن أخذ الإذن بإحيائها فله حق الاستغلال فقط، فمن هذا يتضح لنا أمور وهي:

- الأراضي الموات هي ملك للدولة فقط؛
- ان استغلالها من قبل الغير لا يمكن أن يتم الا بعد الحصول على ترخيص واذن من السلطة المختصة؛

- الغير له حق الاستغلال فقط دون الادعاء في يوم من الأيام ملكية الرقبة التي هي للدولة وبقوة القانون؛

وما يعاب على التشريع المغربي، عدم تحديد طبيعة المستغل لأرض الموات والشروط الواجب توافرها فيه، هل يقتصر فيه على الشخص الطبيعي أم يتعدى ذلك الى الاشخاص الاعتبارية وكذا الأجانب، وما هي الجهة المعنية بمنح ترخيص الاستغلال، هل هي السلطة المحلية فقط، أم تنضاف اليها مندوبية أملاك الدولة باعتبارها هي المالكة للعقار، أم أن الأمر يستدعي ضرورة إدخال جهات أخرى كالإدارة المكلفة بالفلاحة في حالة الاستغلال الفلاحي أو الزراعي .... كلها تساؤلات تستدعي التوضيح للإلمام أكثر بالموضوع وتفادي أية تأويلات قد تطرح.

كما أنه هناك تساؤل آخر يطرحه نفسه، كيف كان يتعامل مع نظام أراضي الموات قبل صدور قانون 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية.

المصادر والمراجع

1. لسان العرب لإبن منظور/ دار صادر بيروت/ الطبعة الثالثة 1414.
2. تبيين الحقائق للزيلعي/ المطبعة الأميرية/ الطبعة الأولى 1313هـ.
3. كشاف القناع للبهوتي الحنبلي (1051 هـ)/ دار الكتب العلمية.
4. المغني لابن قدامة (620هـ)/ ملكية القاهرة 1968.
5. القاموس المحيط للفيروز آبادي (817هـ)/نشر مؤسسة الرسالة للطباعة والتوزيع بيروت- لبنان الطبعة الثامنة هـ1426-2005م.
6. القوانين الفقهية لابن جزي الكلبي الغرناطي (714هـ).
7. المغني المحتاج لشمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشريني الشافعي (977هـ)/ الناشر دار الكتب العلمية/ الطبعة الأولى 1415هـ-1994م
8. نيل الأوطار للشوكاني(هـ1250) /الناشر دار الحديث مصر/ الطبعة الاولى 1413هـ-1993 م
9. الفقه الإسلامي وادلته لوهبة الزحيلي/دار الفكر دمشق / الطبعة 12 مصورة.

10. سبيل السلام للكحلاني ثم الصنعاني /الناشر دار الحديث

11. نصب الراية للزيلعي/مؤسسة الريان للطباعة والنشر بيروت/الطبعة الأولى 1997 .

12. الحقوق العينية في الفقه الاسلامي والتقنين المغربي لابن معجوز/طبعة 2016/ مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء.

13. مدونة الحقوق العينية لادريس الفاخوري /طبعة 2013 /دار نشر المعرفة الرباط.

14. الشرح الشافي لمدونة الحقوق العينية لعبد الكريم شهبون/الطبعة الاولى 1436-2015/ مكتبة الرشاد سطات.

15. الاصلاح الزراعي وتنمية المجتمع لعبد المجيد مرعي /مصر دار الكتاب العربي للطباعة والنشر.

16. تنمية الزراعة العربية لصلاح وزان/مركز دراسات الوحدة العربية 1998.

17. اقتصاديات الارض والاصلاح الزراعي لعبد الخالق محمد عبدي (بغداد/مطبعة سلمان الاعظم 1977)

18. التصور الجديد لاحياء الزراعي لامين النصيري عن مجلة اطروحات العدد السابع 1990

19. محمد باقر الصدر اقتصادنا تحقيق مكتب الاعلام الاسلامي/ الطبعة الثانية/ مطبعة مكتب الاعلام الاسلامي/الناشر مؤسسة بوستان.

20. الملكية العقارية الجماعية و اثرها في التنمية الاقتصادية في الاقتصاد الاسلامي وفي الجماعات المحلية بالمغرب للدكتور مبارك أخرضيض 2001م-1422هـ / اطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الشريعة. بكلية الشريعة جامعة ابن زهر اكادير.

21. طروب كامل احياء الموات في الفقه الاسلامي والتشريعات العربية الحديثة / رسالة لنيل درجة الدكتوراه العلوم في الشريعة والقانون 2013-2014 ، جامعة الحاج لخضر باتنة- الجزائر.




مقالات وأبحاث قانونية وقضائية باللغة الفرنسية






Dr BOUROUD Hanane

Doctorante chercheuse en sciences économiques

et de Gestion FSJES Oujda

Le supply chain risk management : identification, évaluation, analyse et traitement

1. Le Supply Chain Risk Management (SCRM) : fondements théoriques**.**

Le concept de gestion des risques (ou risk management) est apparu à la fin des années 1950 aux États-Unis dans le domaine financier, en relation avec des questions d'assurance (Mayer, Humbert, 2006 ; Tchankova, 2002, rapportés par Mohamed et al., 2010). Par la suite, il a été étendu à d'autres domaines, notamment l'environnement, la gestion de projet, le marketing, ainsi que la logistique (Mohamed et al., 2010). Son intérêt croissant couple avec les initiatives prises par les acteurs économiques. Ainsi, dès Juin 2005, la norme « ISO 31000, Management des risques, principes et lignes directrices de mise en œuvre » est initiée et permet de standardiser l'encadrement des risques au sein des organisations. Il s'agit principalement du management des perturbations de la demande tout au long de la chaîne de valeur.

On peut définir le Supply Chain Risk Management (SCRM, ou management des risques liés à la chaîne d'approvisionnement/livraison) comme le management (avec une dimension stratégique et opérationnelle) des risques liés à la chaîne.



Risques qui peuvent modifier voire empêcher tout ou partie de la circulation efficace et efficiente des flux d'informations, de matières premières et de produits depuis le fournisseur du fournisseur jusqu’au client du client de l'entreprise (Lavastre et Spalanzani, 2010).

Pour Jüttner (2005), le SCRM est l’identification et le management des risques de la supply chain à travers une approche coordonnée entre ses membres afin de réduire la vulnérabilité globale de la chaîne d’approvisionnement. Laville (2006), rapporté par Delesse (2010) caractérise le SCRM comme « une approche systématique servant à déterminer la meilleure voie à prendre en cas d'incertitude, en identifiant, en évaluant, en comprenant et en communiquant les questions liées aux risques et en prenant des mesures à leur égard ». Kouvelis et al. (2006) perçoivent le management des risques de la supply chain en termes de gestion de l’incertitude de la demande, de l’approvisionnement et des coûts. Carter et Rogers (2008) définissent le SCRM comme « la capacité de la firme à comprendre et à gérer ses risques économiques, environnementaux et sociaux au sein de la supply chain » qui peut être matérialisée par l’adoption d’une planification contingente et d’une chaîne d’approvisionnement agile et résiliente. Gérer les risques reviendrait donc à initier un cadre serein au sein duquel, les manageurs développeront des aptitudes à même d’anticiper sur des évènements imprévisibles (résilience).

Rice et Caniato (2003) quant à eux, définissent la résilience de la chaîne d'approvisionnement comme la capacité d'"une organisation « à réagir à une perturbation imprévue et à maintenir ses opérations après l'évènement ». Cette résilience peut s'obtenir en utilisant une forte flexibilité et une redondance adéquate au sein des organisations. Elle serait « la capacité du système à revenir à son état originel ou à mouvoir vers un nouvel, plus désirable après avoir été perturbé » (Christopher et Peck, 2004) et fait apparaitre le concept de « capacité de l'organisation à absorber ou à mitiger l'impact de la perturbation » (Peck, 2006). L'acquisition de ces aptitudes passe nécessairement par l'adoption d'une planification d'urgence qui offre à l'entreprise des possibilités de réaction face aux situations incertaines.

Cette approche nécessite l'évaluation, le développement et l'entretien continus des capacités alternatives, des systèmes d'information visibles et cachés et des plans de réponse d'urgences spécifiques (Musa, 2012 ; Rice et Caniato, 2003).

De façon restrictive, le SCRM peut alors être défini comme la gestion des risques de l a seule chaîne logistique interne de l'entreprise, sans prendre en considération les acteurs externes (notamment les partenaires amont et aval) ni les risques extérieurs (Lavastre et Spalanzani, 2010). La définition de Tang (2006a) adoptée par Musa (2012) selon laquelle le SCRM est perçu comme « la gestion des risques de la supply chain à travers la coordination ou la collaboration entre les partenaires de la chaîne pour assurer la

profitabilité et la continuité », semble plus pertinente dans le cadre de ce travail de recherche.

Cette logique fait naître deux perspectives du SCRM qui peuvent être envisagées selon l'angle d'analyse choisi : l'une réduite à une seule organisation (considérée isolément), l'autre considérant les relations entre partenaires industriels (avec une vision transversale) (Lavastre et Spalanzani, 2010). Le SCRM est donc envisagé ici sous l'angle de la gestion des risques liés à la chaîne logistique globale. Pour Fone et Young (2000) « La gestion des risques doit être considérée comme une fonction de l'entreprise qui cherche à identifier, à évaluer et à gérer des risques dans le cadre des objectifs généraux de l'organisation »

(Khan et Burnes, 2007 ; Mohamed et al., 2010). Cette définition va au-delà du cadre conceptuel de la gestion des risques comme un simple outil de gestion pour l'ériger comme une fonction à part entière qui doit exister indépendamment des autres fonctions de l'organisation. Harland et al. (2003) repris par Mohamed et al. (2010) suggèrent que « La gestion des risques doit incorporer la planification des scénarii et l'utilisation des groupes d'experts et d'études de Delphi, en plus de la prévision par des méthodes basées sur les statistiques de prévisions ». Elle dépendra de l'attitude de l'organisation : une organisation peut prendre plusieurs positions face au risque : réactive, défensive, proactive ou analytique. Pour Evrard et al. (2011), les entreprises adoptent deux types de posture face à une crise : elles vont d'abord y répondre à court terme en

mettant en œuvre des solutions qui leur permettent de régler rapidement les problèmes auxquels elles sont confrontées, puis elles vont faire évoluer leurs organisations, leurs pratiques et leurs systèmes grâce à un processus d'apprentissage qui leur permettra par la suite de s'adapter plus facilement à d'autres situations critiques.

Pour Delesse (2010), il existe cinq phases du management du risque : détection des signes d'alerte, préparation-prévention, réponse/réduction, récupération, apprentissage (Mitroff, 1988 ; Pearson et Mitroff, 1993 ; Brouard et Sprott, 2004). Malgré la qualité des outils et des modèles statistiques qui sont utilisés pour élaborer les prévisions, en cas de crise, c'est bien la capacité de l'ensemble des acteurs d'une même chaîne à alimenter le système en informations diverses (remontée client, variation de stock, référencement/déréférencement, promotions) qui va permettre aux entreprises de s'adapter à la situation en limitant l'effet Bullwhip par un échange d'informations plus fréquent et plus précis. La résilience organisationnelle suite à un événement majeur suppose ainsi deux dimensions qui sont la capacité à résister ou à limiter l'incident, et la capacité à résorber l"impact (Meyer, 1982; Roux Dufort, 2004, cités par Evrard et al., 2011). L'adoption de l'une ou l'autre stratégie dépend à la fois de ses aptitudes et des moyens dont dispose l'entreprise.

2. Identification et évaluation des risques en supply chain : des divergences d'approches

2.1. L’identification des risques de la supply chain

L’identification des risques (Risk identification) est un « processus de recherche, de reconnaissance et de description » des sources de risques, de leur(s) zone(s) d’impact, des évènements potentiels, de leurs causes et de leurs conséquences possibles. Le but est de construire une liste des risques potentiels.

L'identification des risques peut faire appel à des outils classiques tels que des données historiques, des analyses théoriques, des avis d'experts et autres personnes compétentes, des brainstormings, etc. (Guillaume, 2011).

L’identification des risques de la supply chain est la première étape du processus de gestion des risques (Kleindorfer, 2000). Dans un contexte d’inter-connectivité des parties prenantes, établir les responsabilités et les limites d’intervention de chacun anticipe la détection des points d’entrave de la chaîne. Ainsi, procéder en premier lieu par l’identification des risques renseigne sur leur nature et permet de mobiliser des outils capables de mieux les appréhender. Götze et Mikus (2007), Jüttner et al. (2003) s’intéressant aux causes de risques, effectuent une catégorisation selon leur origine : les risques à l’intérieur de l’entreprise focale, les risques à l’extérieur de cette entreprise et à l’intérieur de la supply chain, enfin les risques à l’extérieur de la supply chain. Mattos et Vaz de Magalhães (2010) évoquent les exemples de risques courants en supply chain observables dans la variation de la demande, des détériorations

pendant le transport, des risques opérationnels et des évènements catastrophiques qui peuvent affecter les unités de réseau logistiques.

Chopra et Sodhi (2004) identifient les facteurs de risques de la supply chain dans les évènements tels que les retards, les interruptions d'approvisionnement, la fourniture, les niveaux de stocks et la capacité physique limitée entre autres. Pour Sudy et Schramm (2010), les risques apparaissent dans toutes les fonctions de l'entreprise, à l'exemple du ravitaillement, de l'approvisionnement, de la fabrication et de la distribution. Après l'identification de ces différents risques, les manageurs développent les techniques d'évaluation pouvant leur permettre de cerner leur degré d'importance.

2.2. Evaluation des risques de la supply chain

L'évaluation des risques (Risk evaluation) est un processus dont le but est de proposer un cadre permettant de comparer les risques et de distinguer ceux qui devront être traités de ceux qui ne le seront pas, sur la base de critères définis lors de l'établissement du contexte (Guillaume, 2011). Dans ce cas, les auteurs proposent l'utilisation d'une matrice des risques qui permettrait de ressortir les conséquences et la vraisemblance sur ces deux dimensions. Cette matrice facilite le classement et la visualisation des catégories de risques. C'est aussi à ce niveau que doit être prise en compte l'attitude de l'entité face au risque : goût, tolérance, aversion. Ces trois attitudes sont généralement graduelles : « importance et type d'opportunité qu'elle est prête à saisir » (goût), « disposition à

supporter le risque » (tolérance) et « attitude de rejet du risque » (aversion) (Guillaume, 2011).

Evaluer le risque c'est déterminer son importance ou sa valeur au sein de la supply chain. Plusieurs approches abordent cet exercice sous des angles différents. Parmi elles, les techniques de simulations de la supply chain qui permettent d'évaluer les pertes et les dommages causés par une perturbation. Elles se font à l'aide de techniques mathématiques avancées à travers des simulateurs qui produisent des scénarii en temps réel d'évènements de crise (Mattos et Vaz de Magalhães, 2010). L'utilisation des études statistiques préliminaires est une autre alternative d'évaluation du risque.

L'évaluation du risque pose un diagnostic sur ses différentes facettes au sein de la chaîne et aboutie à l'administration d'un traitement adéquat. Le traitement des risques de la chaîne logistique considérée comme une source de création de valeur et porteuse de différenciation concurrentielle consiste avant tout à réduire les impacts défavorables du risque sur la performance de l'entreprise (Delesse, 2010).

Il s'agit des modes de gestion de risques pouvant s‟adosser sur plusieurs stratégies. Parmi les cinq stratégies génériques utilisées par les entreprises pour gérer leurs risques telles que identifiées par Miller (1992), Jüttner et al. (2003) retiennent quatre d'entre elles pouvant être appliquées au contexte de la chaîne logistique : l'évitement, le contrôle, la coopération et la flexibilité. Evaluer le

risque, c’est également adopter un comportement actif face à celui-ci.

Si certaines mesures ne sont pas prises, l’on parle de comportement passif des acteurs. Selon le cas, l‟on peut mesurer la pertinence des décisions prises (Rogler, 2002 ; Sudy et Schramm, 2010). Sudy et Schramm (2010) soutiennent à cet effet qu’il y a deux manières d’évaluer le risque. Premièrement, on peut l’éviter ou le réduire, deuxièmement on peut soit le transférer ou le partager, soit l’accepter tel quel.

Dans cette perspective, les initiatives prises face au risque nécessitent que l‟on intègre toutes les parties prenantes à la chaîne de sorte que le niveau de compréhension soit le même pour tous. Mullai (2004) prône dans ce cas, l’accès commun à une large base de données qui accroitrait leur acceptation du risque à travers le partage d’informations. Les décisions face au risque concernent donc les différents niveaux d’interventions au sein de la chaîne : du simple transport jusqu’à la gestion globale de la chaîne logistique, en passant par le transport en chaîne (Sudy et Schramm, 2010).

3. La réduction du risque

Les risques de transport sont de simples risques qui surviennent en rapport avec les mouvements physiques de marchandises (Oberparleitner, 1955). Le choix d’un mode ou moyen de transport prend en compte certains aspects liés aux spécificités de la marchandise transportée. Ainsi, ce choix peut être motivé par la viabilité, la flexibilité et l’opérationnalité du moyen choisi. De

même certains aspects de sécurité doivent être pris en compte surtout dans des zones politiquement instables et non sécurisées.

Dans cette perspective, les techniques de convoi ou d'escorte permettent de réduire le risque. Une autre façon de réduire le risque consisterait à procéder par une fragmentation de colis de marchandises de façon à utiliser plusieurs canaux de transports pour les acheminer. L'avantage ici serait celui de la réduction des pertes en cas de survenance d'un incident sur l'un des lots, mais l'ampleur des coûts de transport constitue un frein pour l'adoption d'une telle solution.

D'autres techniques telles que l'utilisation des containeurs spécialisés capables de résister aux intempéries ou à certaines conditions climatiques rudes limitent les risques de détérioration des marchandises transportées.

Dans cette même logique, la fluidité dans le partage de l'information et la confiance entre acteurs de la supply chain réduisent considérablement le risque (Özer et al., 2011 ; Spiliotopoulou et al., 2012).

La mise sur pied d'un système d'information transparent contribue à relier les flux physiques de marchandises aux flux informationnels. Ce qui favorise la gestion à temps des opérations de transport et de manutention, et qui réduit également le risque de transmission d'informations erronées (Frankel, 1999 ; Stopford, 2002). Pour réduire ses risques, la poste française a mis sur pied un système de suivi en temps réel de l'évolution du courrier. Cette

technique permet de déterminer en temps réel la position du courrier dans son acheminement.

Les mécanismes financiers sont également des procédés pouvant diminuer les risques causés par la fluctuation du taux de change, du taux d‟intérêt, des prix de marchandises ainsi que des prix de transport en s'appuyant sur l'exploitation des instruments financiers appropriés (Bernstorff, 2001 ; Schäfer et Frank, 2006 ; Kummer et al., 2009). Il est donc judicieux pour l'entreprise de procéder à la reconnaissance des risques ainsi que de ses chances de réussite dans les échanges auxquels elle s'engage. Elle se doit de négocier aussi des arrangements qui peuvent lui permettre d'éviter les risques, de les réduire et/ou d'augmenter ses chances d'exploitation.

C'est dans ce même sillage que l'entreprise doit constamment procéder à un arbitrage sur le marché de capitaux et de crédit (Sudy et Schramm, 2010). Il faut cependant noter que ces différents mécanismes sont de nouvelles sources de risques qui méritent une attention particulière pour la gestion intégrée de la supply chain.

Ainsi, Sudy et Schramm (2010) proposent cinq moyens de réduire les risques :

- La réduction des distances entre les partenaires de la supply chain apparait comme une mesure fiable de réduction des dommages. L'installation des industries clientes près du fournisseur clé de la filière, ou l'installation du fournisseur près de ses marchés cibles (Morita, 1992 ; Morris, 1991), facilite les échanges ;

- L'établissement d'un partenariat domestique, où le fournisseur s'installe dans les locaux du client permet non seulement de réduire le risque mais de l'éviter ;

- L'amélioration des savoir-faire via la coopération et la collaboration dans les relations acheteur-vendeur. La gestion des relations avec les fournisseurs et la coordination des activités d'approvisionnement au sein de la supply chain, nécessitent une meilleure connaissance des caractéristiques du matériel en termes de transportabilité et d'entreposage ;

- L'amélioration des designs des produits en termes de transportabilité et d'entreposage permet de réduire les risques de détérioration. Rogler (2002) affirme à cet effet que l'emballage avec du plastique est plus sécurisant que l'emballage avec du verre. Au-delà des moyens comme la standardisation des procédés mise en place pour limiter les risques, la gestion des assortiments toujours larges des produits noie les efforts. L'astuce réside souvent dans la réduction des délais de stockage des produits à court cycle de vie ;

- L'étalement du risque qui s'appuie sur l'implémentation d'un bon niveau de flexibilité ou de la création des nouvelles options pour amortir le risque (Miller, 1992 ; Triantis ; 2005). La flexibilité est acquise par plusieurs modes, notamment l'utilisation des logiciels associés aux employés hautement qualifiés qui facilitent l'expédition rapide et sure des marchandises, l'intégration des ressources externes dans les chaînes à forte valeur ajoutée sont également sources de flexibilité opérationnelle. Les nouvelles

options peuvent également apparaitre dans le cadre de la délocalisation qui amène les changements dans la politique du produit, la structure internationale d'approvisionnement et le contrôle du niveau de service actuel pour chaque marché considéré (Dornier et al., 1998)

Si au-delà de ces différents mécanismes le risque persiste, son transfert à un tiers peut contribuer à amortir ses effets sur l'activité de l'entreprise.

4. Le transfert de risque

L'ampleur de certains risques a permis aux entreprises d'imaginer de nombreuses mesures visant à les éviter tout en les transférant chez un tiers. Le fournisseur et le client consentent quelques fois à solliciter un intermédiaire prestataire de service logistique qui devient responsable des marchandises transportées. Cependant, les partenaires commerciaux s'appuient sur les INCOTERM pour délimiter leurs devoirs et leurs droits dans les échanges (Ramberg, 2000 ; David et Stewart, 2008 ; Kummer et al., 2009).

La souscription aux polices d'assurances est un autre mode de transfert de risques (Branch, 2006 ; David et Stewart, 2008 ; Kummer et al., 2009). En cas d'incident, l'assureur couvre partiellement ou intégralement les dommages financiers qui en résultent. Cependant, l'inquiétude provient du caractère flou des contrats de logistique, compte tenu des services connexes qui accompagnent l'offre de transport, de manutention ou

d'entreposage concernant les dispositions et l'assurance de l'évolution des risques sous-jacents (Wieske, 2006 ; Jerman, 2008 ; Sudy et Schramm, 2010).

En supply chain, l'évidence des risques qui surviennent lors de l'acheminement et du stockage des marchandises ainsi que des pertes financières qui en résultent ne souffre d'aucune contestation, il est facile d'en faire une évaluation (Oberparleiter, 1955 ; Sudy et Schramm, 2010). Les pertes de marchandises occasionnées par les actes tels le terrorisme, le vol et les accidents occasionnent des coûts supplémentaires chez les fournisseurs. Il s'agit des coûts relatifs au transport et au processus de remplacement des marchandises, mais aussi des pénalités auxquelles fournisseurs et clients doivent faire face. Comme résultat direct de ces manquements, le détour des clients vers d'autres fournisseurs pour satisfaire leur demande et éviter les ruptures. De manière indirecte, en cas de rupture, l'image du fournisseur est ternie, ce qui peut lourdement entraver l'action de ce dernier.

Si les coûts de transfert du risque sont jugés élevés par l'entreprise, la nécessité de le gérer en interne amène les gestionnaires de risque à l'accepter.

5. L'acceptation du risque

Accepter le risque, c'est l'admettre en tant qu'évènement à gérer par l'entreprise. Cette acceptation suppose que l'entreprise développe des stratégies globales pour faire face aux risques. Il s'agit ici d'un processus complet échelonné sur plusieurs étapes qui

se complètent. Leur agencement est fonction du type de risque auquel les manageurs font face. Knemeyer et al. (2009) s'inspirant des travaux de Helferich et Cook (2002) et de la FEMA, proposent les étapes de gestion des risques suivantes :

Tableau : étapes de l'acceptation du risque

Planification	• établir une équipe de planification • analyser les capacités et le risque • développer le plan • implémenter le plan
Mitigation	• définir les opportunités de mitigation • développer le plan de mitigation • initier le développement d'un plan • l'amélioration continue du programme
Détection	• développer un plan de détection • reconnaitre les avertissements • évaluer et agir sur observations • décider sur les besoins des actions supplémentaires • l'amélioration continue
Réponse	• implémenter le plan de réponse • évaluer la direction et le contrôle • évaluer les communications • évaluer la sécurité des vies • évaluer la protection des biens • évaluer le service public • évaluer la portée de la communauté
Récupération	• critiquer et implémenter les plans de récupération • mesurer la continuité de la gestion • maintenir le soutien des employés • les opérations de résumé.

Source : Knemeyer et al. (2009) adapté de Helferich et Cook (2002).

Lavastre et Spalanzani (2008) établissent que la gestion du risque au sein des entreprises passe successivement par quatre étapes particulières, il s'agit de : l‟appréhension, la planification, l'action et le contrôle. Plus tard, Lavastre et Spalanzani (2010), s'inspirant de Hauser (2003), Kleindorfer et Saad (2005), ainsi que de Hallikas et al. (2004), résument la gestion du risque en cinq étapes : identification, évaluation, maîtrise, contrôle et traitements

des risques résiduels. Harland et al. (2003), ajoutent à ces étapes, le principe d'une stratégie collaborative dans la gestion du risque.

Soulignant ainsi la dimension inter-organisationnelle de la gestion du risque au sein des chaînes logistiques. Pour Stemmler (2007), le processus du management de risque englobe généralement l'identification de la source du risque, l'analyse et l'évaluation de la conséquence du risque, la recherche de mesures, et finalement, le contrôle du risque (Mohamed et al., 2010).

6. Le partage du risque

« Aujourd'hui, la firme ne peut faire l'économie d'une réflexion générale visant à optimiser les liens verticaux et horizontaux existant entre sa chaîne de valeur et celles de ses partenaires. Dans cette optique, elle a l'obligation de recourir à des compétences extérieures afin de construire ou de conforter l'offre destinée au client final » (Brulhart, 2002). Dans la recherche de solutions pour la gestion du risque, cette réalité contraint les firmes à envisager les relations avec d'autres dont les compétences et les ressources peuvent apporter une plus-value à l'activité.

Au-delà des simples relations fournisseur-client ou l'inverse, les liens entre les firmes se gèrent aujourd'hui à l'intérieur des réseaux plus complexes où le partage des responsabilités constitue la règle. Plusieurs mécanismes sont cependant développés pour les rendre fluides et bénéfiques pour l'ensemble des membres du réseau.

Pour Brulhart (2002), le partenariat entre les firmes est nourri par la satisfaction, la confiance, l'engagement, la communication, l'intégration inter-organisationnelle des systèmes d'information et l'équité entre les parties prenantes. En l'absence de ces éléments, la chaîne est grippée. Le choix d'intégrer un réseau est ainsi tributaire de l'absence de tout soupçon pouvant impacter négativement l'activité.

La recherche de la satisfaction rejoint l'idée des gestionnaires à conduire leurs activités de manière sereine dans tous les aspects mais surtout en harmonie avec les autres parties prenantes. Geyskens et al. (1999) définissent la satisfaction comme un état affectif résultant de l'appréciation de tous les aspects d'une relation de travail d'une entreprise avec une autre entreprise. Cette définition a l'avantage d'être formulée spécifiquement pour des relations clients-fournisseurs en milieu industriel et présente une réelle approche relationnelle en supply chain. Le construit multidimensionnel de la satisfaction permet de poser un diagnostic par rapport à l'atteinte des objectifs en général, aux compétences du partenaire, au profit dégagé par le partenariat, au rapport coût / bénéfices, …etc.

La confiance est la clef des relations entre partenaires de la supply chain. Son degré limite les risques pouvant survenir dans les échanges au sein de la chaîne. Parmi les définitions rencontrées dans la littérature, celle de Moorman et al. (1993) semble plus intéressante pour la supply chain. Pour lui en effet, la confiance

correspond à la volonté de se fier à un partenaire d'échange en qui l'on croit. La confiance serait donc sous tendue par deux composantes (Brulhart, 2002) : la crédibilité, qui fait référence à la capacité de l'autre partie à remplir ses obligations de manière fiable et efficace et la bienveillance, qui est fondée sur la volonté supposée du partenaire de se comporter de façon honnête, tous atténuants actifs du risque.

La fiabilité d'un réseau d'approvisionnement ou logistique est largement tributaire de la qualité du système de communication généralement source de plusieurs risques au sein de la chaîne. Ainsi, en réduisant l'incertitude associée à la relation, la fluidité de la communication impacte positivement l'efficience de la relation, stimule la confiance et encourage l'engagement (Moore, 1998).

La continuité du flux d'information, tout comme celle des flux physiques, ne doit pas être compromise afin de réduire l'incertitude, de minimiser le risque de confusion ou de conflit et d'assurer l'efficacité du processus (Sink et Langley, 1997 ; Brulhart, 2002). Bowersox (1990) affirme d'ailleurs que la communication constitue le liant indispensable à la réussite des partenariats logistiques.

Le développement technologique à l'origine du raccourcissement des distances entre partenaires est un outil incontestable de partage des risques au sein de la supply chain. La notion d'intégration inter-organisationnelle des systèmes d'information fait référence à la présence d'investissements dans le domaine de l'échange d'informations informatisées, afin de mettre

en œuvre et d'utiliser des systèmes informatisés partagés ou compatibles, de type Intranet ou EDI par exemple.

La recherche de l'équité entre partenaires s'aligne à la volonté de partage des bénéfices. Cette notion permet de mesurer la capacité des partenaires à prioriser les relations sociales entre eux par rapport à leurs intérêts individuels.

En somme, le partage des risques au sein de la supply chain rejoint les principes généraux de réseaux intégrés au sein desquels l'échange de tout s'impose comme règle. Chaque membre investit dans l'optique d'en tirer le plus de gains en tenant compte de ceux des autres. De même, en cas de difficultés, la responsabilité de tous est engagée.

Dr Mhamed LKAIHAL
Doctorant chercheur en Droit Public et Sciences Politiques Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales d'Agdal Rabat

La pratique de l'audit interne dans les communes marocaines

Résumé

A travers cette communication, nous avons essayé de présenter la première expérience de l'instauration de la structure de l'audit interne au sein de trois communes marocaines pilotes. Sur la base de ses résultats timides, il s'avère que malgré la volonté institutionnelle, l'expérience a démontré la nécessité de la mise en place d'un ensemble de prérequis d'ordre managérial et juridique.

Mots clés: la pratique de l'audit interne, communes marocaines, normes IPSAS comme prérequis de l'audit de performance.

Abstract

Through this communication, we have tried to present the first experience of the establishment of the internal audit structure within three pilot Moroccan municipalities. Based on its timid results, it turns out that despite the institutional will, the experience has demonstrated the need to put in place a set of managerial and legal prerequisites.

Key-words: the practice of internal audit, Moroccan municipalities, IPSAS standards as prerequisites for performance audit.



Introduction

La modernisation de l'action publique locale constitue l'un des axes majeurs de la politique gouvernementale marocaine.

En effet, Les communes marocaines, en tant qu'acteur économique et social, sont dotées depuis longtemps par un ensemble d'instruments de la gouvernance[1281]. Ceux-ci visent l'amélioration de leurs fonctionnements ainsi que la production des services de qualité qui répondent aux exigences des citoyens.

La gouvernance locale vient de se consolider par de nouveaux principes édictés par la nouvelle constitution marocaine de 2011. A cet effet, les services publics sont soumis aux normes de qualité, de transparence, de reddition des comptes et de responsabilité[1282]voire aux normes de contrôle et d'évaluation[1283]. Ces principes devraient faire du service public un élément moteur qui légitime l'action publique locale.

Sur la base d'un contexte marqué par la montée en puissance d'un citoyen-client exigeant un service de qualité, les défis de la globalisation, le statut avancé accordé au Maroc par l'union européen, l'édiction de la nouvelle constitution de 2011 favorisant l'ensemble des principes de la bonne gouvernance pour les collectivités territoriales, l'introduction des éléments réformateurs au sein de l'administration locale est devenue une nécessité impérieuse.

1281Plan d'action Communal de, comptabilité générale…
1282 Article 154 de la constitution.
1283 Article 156 de la constitution.

A cet effet, l'Audit Interne (AI), qui constitue l'un des éléments de base de la mise en œuvre de ces principes constitutionnels, peut apporter une réponse adéquate aux exigences et enjeux extérieurs.

Il s'agit d'une nouvelle logique stratégico-opérationnelle qui se traduit, en particulier, par la nécessité de la soumission de l'ensemble des communes à l'esprit de cette nouvelle gestion axée sur la performance. Sa logique vise la vérification, l'appréciation et le changement de fonctionnement global de la commune.

L'audit interne constitue, bien entendu, un des mécanismes essentiels permettant à l'institution communale de se moderniser et se conformer aux exigences de la nouvelle donne. Elle vise à auditer l'ensemble des activités de la commune en soulevant les dysfonctionnements et en assurant le suivi des pistes d'amélioration.

L'année 2010 constitue une étape importante dans le processus de la mise en place de la pratique de l'AI au sein des collectivités territoriales marocaines. En effet, l'activité de l'AI est entrée dans leurs mœurs, et constitue, par conséquent, l'une des principales pionnières de cette expérience audacieuse à l'échelle maghrébine.

L'intégration de la culture de l'AI dans les pratiques communales s'inscrit, aussi, dans le cadre du Programme de Gouvernance Locale (PGL)[1284] lancé en 2010 par l'Agence Américaine pour le Développement International (USAID), conduit en partenariat avec la Direction Générale des Collectivités Locales

1284 Ce programme vise à la promotion accrue des citoyens à la gouvernance locale.

du Ministère de l'Intérieur[1285]. Parmi les objectifs principaux de ce partenariat, la création d'une structure d'AI au sein des communes. Pratiquement, trois communes ont manifesté leur intérêt de participer à ce chalenge. Il s'agit Il s'agit des communes d'El-Jadida, Safi et Salé.

Il convient de noter que, l'AI est encadré par une méthodologie inspirée par les standards de IIA[1286] et INTOSAI[1287] suivant une démarche régulée, articulée et encadrée, tout au long de la durée du processus de l'audit[1288].

L'AI peut-être défini comme « une activité indépendante et objective qui donne à une organisation une assurance sur le degré de maîtrise de ses opérations, lui apporte ses conseils pour les améliorer, et contribue à créer de la valeur ajoutée. Il aide, également, cette organisation à atteindre ses objectifs en évaluant, par une approche systématique et méthodique, ses processus de management des risques, de contrôle, de gouvernement d'entreprise, et de renforcement de leur efficacité.[1289] »

Il en découle de ces deux définitions que l'AI est conditionné, avant sa mise en œuvre, par un ensemble d'impératifs. Une autonomie de la structure et une instauration des mécanismes qui

---

1285 Ce programme appuie les efforts de la DGCL en vue de mieux répondre aux attentes des communes dans le cadre de leur ouverture envers les citoyens.

1286l'Institute of InternalAuditors (IIA) ou Institut des Auditeurs Internes est un institut dédié à l'établissement de standards professionnels d'audit interne

1287 L'Organisation internationale des institutions supérieures de contrôle des finances publiques (en anglais :International Organisation of Supreme Audit Institutions (INTOSAI)) est une entité mondiale d'affiliation des cours d'audit gouvernementales.

1288 Contrôle interne et audit publics, ALAIN-GERARD COHEN, 2eme édition 2008, lextenso éditions

1289http://www.ifaci.com/ifaci/connaitre-l-audit-et-le-controle-interne/definitions-de-l-audit-et-du-controle-internes-78.html le 28/03/15 à 12 :25



sont jugés indispensables par des normes et standards internationaux, en l'occurrence la fonction de la gestion des risques et le dispositif du contrôle interne. En effet, la gestion des risques a pour objectif de prévoir et de maitriser des scénarios incertains et d'assurer par la suite la continuité des services publics locaux, tandis que le dispositif du contrôle interne constitue un élément garantissant les pistes d'amélioration pour l'AI.

En outre, les normes de l'AI exigent quelques prérequis indispensables. L'AI s'exerce, efficacement, selon l'existence de deux types de systèmes : Un système d'information comptable normé et un système d'information intégré.

Ces enjeux et le statut politique du président de la commune[1290] qui est fondé, principalement, sur une rationalité politique et la crise de la gouvernance des collectivités territoriales constituent un enjeu majeur dans le perfectionnement et la mise en place de l'AI dans les structures des communes. Jusqu'à présent l'adhésion effective se limite à trois communes sur un total de mille trois cent cinq communes, ce faible taux explique amplement la difficulté de la mise en œuvre de cette structure.

Il convient de signaler que la notion de l'AI ne doit pas être confondue par celles qui lui sont connexes à savoir le contrôle interne et l'inspection. Si elles partagent et convergent vers le même

1290 Qui constitue un enjeu à l'indépendance de la cellule de l'AI selon le niveau de la démocratie locale.

but de relever les dysfonctionnements, elles se divergents dans les conséquences de leurs actes[1291].

Notre réflexion émane d'une analyse axée sur le bilan de cette expérience embryonnaire. En effet, la simple observation du cadre conceptuel de l'audit interne destiné aux collectivités territoriales et l'analyse juridique des lois régissant celles-ci permettent de ressortir des insuffisances, voire des dysfonctionnements liés à la mise en œuvre de cet outil stratégique pour la modernisation de l'organisation communale. Ces anomalies sont, principalement, soit d'ordre politique, soit d'ordre organisationnel, juridique et managérial. D'où la nécessité de s'interroger sur la pertinence de l'application de l'audit dans le service public communal. Quels sont les apports et les enjeux de l'application de l'audit ? Quelles sont les contraintes et les perspectives ? Et quels sont leurs impacts sur les services publics communaux ?

C'est à travers la réponse à ces différentes interrogations que s'articule notre présentation sur l'audit et le service public communal.

I- Les enjeux du cadre conceptuel de l'audit internedans les collectivités territoriales.

Les enjeux du cadre conceptuel élaboré dans le cadre de ce partenariat qui vise à l'instauration de la structure de l'audit interne

1291 Contrôle interne aboutit à des corrections amiable saut faute grave, l'audit émet des recommandations par son opinion déclaratif, l'inspection est chargée à des sanctions administratives, financières, voire judiciaires et pénales. L'AI est basé sur la confiance tandis que l'inspection est basée sur la méfiance.

au sein des communes marocaines peuvent être présentés selon une approche théorique et praxéologique.

A- Le cadre conceptuel de l'AI

Globalement, le cadre conceptuel de l'AI des collectivités territoriales a été, fortement, inspiré des normes internationales de l'audit interne de l'Institut des Auditeurs Internes (IIA)[1292] et de l'Institut Français des Auditeurs et Contrôleurs Internes (IFACI)[1293]. Des dérogations timides ont été prises selon la particularité de la gestion communale.

Il convient de préciser que l'audit interne est une profession normée qui s'appuie sur un cadre de référence à dimensioninternationale comprenant,pour l'essentiel d'une part, un code de déontologie et d'autre part des normes professionnelles.

Pour ce code déontologique, il fournitaux auditeurs internes les principes et valeurs régissant leur pratique professionnelle. Il a aussi pour objectif l'intégration dans les communes la culture de l'éthique.Quant aux normes professionnelles, elles ont pour objectif de guider les auditeurs dans la réalisation de leurs missions et la gestion de leurs activités.

La charte de l'audit constitue une pièce obligatoire exigée par ses normes. Selon son importance managériale et éthique, elle doit être élaborée avant de procéder à des missions d'audit. Ce document

---

[1292]L'Institut des Auditeurs Internes, de son nom anglais Institute of Internal Auditors, est créé en 1941. Il rassemble plus de 165 pays dans le but d'établir les standards de l'audit interne. Son siège se situe à Altamonte Springs, une petite ville de 50 000 habitants située en Floride, aux États-Unis.

[1293]L'Institut français des auditeurs et contrôleurs internes est le chapitre français de l'Institute of Internal Auditors. Fondé en 1965 sous le statut associatif, l'IFACI fédère 6 500 auditeurs issus de quelque 1 000 entreprises et institutions publiques.

établit les missions, les pouvoirs et les responsabilités de la structure d'audit interne. La charte doit être proposée, en principe, par le responsable de l'audit interne et approuvée par l'organe délibérant de la commune.

Toutefois, selon le cadre établi, par le PGL[1294], à cette fin, la charte d'audit interne de la commune prévoit une mission restrictive à cette structure. En effet, Celle-ci est centrée, uniquement, sur la réalisation d'audits opérationnels et d'audits financiers.

La mission dévolue à l'audit opérationnel se limite à l'appréciation de fonctionnement de l'administration et à la conformité des opérations réalisées aux textes et procédures les régissant. Autrement dit, c'est un audit qui est fondamentalement de régularité ou de contrôle de conformité.Encore faut-il préciser que la conformité s'entend non pas seulement par référence uniquement à la législation et à la réglementation obligatoire (contrôle interne), mais aussi par rapport à l'ensemble des règles et standards (audit interne), voire des bonnes pratiques, « internationalement reconnues »[1295].En outre, l'audit interne ne couvre pas seulement un audit de conformité mais aussi un audit du système[1296] et un audit de performance[1297].

[1294] PGL Charte d'audit interne de la commune juillet 2012, document provisoire, présenté en le 18/12/2014 lors de le rencontre nationale sur la promotion de l'AI au sein des communes, organisée à la DGCL.
[1295]Contrôle interne et audit publics, ALAIN-GERARD COHENopcit .Page 168.
[1296] Il examine les réponses apportées par les systèmes de contrôle interne instaurer par le manager aux problèmes posés par la bonne réalisation des objectifs et par l'existence des risques potentiels concourus. Dans celle-ci le manager et auditeur s'épaulent mutuellement dans une recherche commune d'efficacité et de performance.
1297 Appelé aussi audit de résultats, il s'intéresse au contrôle et l'appréciation des résultats de la gestion, comte tenue des objectifs qu'elle s'est fixée et des moyens dont elle dispose.



D'après la charte, l'audit financier permet, fondamentalement,de vérifier la fiabilité des données financières et d'arrêter le compte administratif. La fiabilité des données financières suppose l'existence d'un système d'information fiable. Toutefois, le système d'information comptable communale, selon sa configuration, est loin de répondre au principe defiabilité et de sincérité, il est caractérisé par l'inintelligibilité de sa comptabilité. Cette inintelligibilité peut être perçue par l'absence de la dimension patrimoniale dans la comptabilité communale, la pluralité des modes de comptabilisation, et une comptabilité qualifiée de caisse[1298]. En outre, la nomenclature budgétaire ne donne pas lieuà une image sincère aux comptes.Par ailleurs le budget communal est loin d'être un budget du résultat, il est plutôt un budget de moyens. D'après ce postulat, la mission de l'audit financier ne va pas s'exercer efficacement. De ce sens, la comptabilité[1299] participe du contrôle relatif à l'information financière[1300].

En somme le budget, en tant qu'instrument qui retrace toutes les activités de la commune, ne peut auditer efficacement sans la migration aux normes et standards qui assurent la fiabilité des comptes. En réalité les collectivités territoriales, en vertu d'une disposition, sont obligées de présenter leur budget selon une comptabilité aussi bien générale qu'analytique[1301].

1298 Et par conséquent, ne permet pas de suivre que les mouvements liés aux paiements et aux décaissements.
1299 Qui est compatible avec les normes internationales (IPSAS)
1300 Jean_ Bernard Mattret.la nouvelle comptabilité publique. Edition lexto. 2010.
1301 L'article 104 et 106 de décret de 3 janvier 2010 portant règlement de la comptabilité publique des collectivités locales.

Malheureusement, sa mise en application n'a pas encorevu le jour jusqu'à maintenant.

B- La structure de l'audit interne entre la légitimité démocratique et la légitimité bureaucratique

Les normes de l'AI disposentque la structure d'AIdoit être rattachée directement au niveau le plus élevé de la hiérarchie. Pratiquement, la charte de l'AI établi pour les communes pilotes prévoit- elle aussi son rattachement direct au président ? Ce rattachement a été justifié selon les prérogatives de contrôle attribué au président en vertu des articles 47 et 49 de la charte communale[1302]. Toutefois, selon cette charte de l'AI[1303], le kit organisationnel élaboré par la DGCL prévoit son rattachement hiérarchique au Secrétaire Général. L'AI dans les collectivités territoriales se trouve, alors, entre deux légitimités relativement opposées : une politique et l'autre apolitique.

Contrairement à la rationalité du dirigeant du secteur privé qui est dominée par la préservation et la promotion des intérêts de la société (privé)[1304], la rationalité politique du dirigeant des communes est commandée, plutôt, par la préservation de ses intérêts personnels politiques, économiques et idéologiques. Dans la littérature, un ensemble de théories et travaux empiriques

[1302]Il est à rappeler que cette expérience a été lancéen 2010.
[1303]PGL Charte d'audit interne de la commune juillet 2012. op cite. Page 3.
[1304] Selon la règle du marché, les sociétés n'ont pas de place dans le marché concurrentiel si elles ne dégagent pas des bénéfices pour survire, contrairement aux communes que leur déficit est équilibré par l'intervention de l'Etat.



confirment ce constat. Nous pouvons citer, à titre exemple, les résultats émanant des partisansde la théorie du choix rationnel.

En effet, les auteurs de l'école du choix rationnel soulignent l'importance de la micro-analyse de la décision, des interactions, des jeux entre les acteurs, des effets d'agrégation. Partant des postulats, des méthodes et des formes de raisonnements des économistes, ils analysent les politiques publiques comme le résultat de choix d'individus égoïstes dont la rationalité instrumentale (en termes d'intérêt), le calcul coût/bénéfice de la décision (ou non-décision) est influencé par des incitations et des sanctions. Les individus font des choix afin de maximiser leur intérêt et leur satisfaction.

Nous pouvons déduire que l'homme est égoïste, toujours à la recherche de son intérêt personnel. Toute action sociale devrait ainsi être ramenée à cette motivation originelle : la quête des individus pour bénéficier au maximum d'une situation donnée. Voici un postulat qui parait intuitivement plausible et qui est aussi à la base d'un important groupe de travaux dans l'analyse des politiques publiques. Ils reposent sur l'idée que l'action publique, comme toute action humaine, s'explique par des stratégies d'individus cherchant à maximiser leur intérêt personnel[1305].

Dans le même ordre d’idée, nous pouvons s’appuyer sur le modèle *l'homo œconomicus* qui est une représentation théorique du comportement de l'être humain, principalement fondée sur l'idée de rationalité et d'utilisation optimale des ressources rares pour

[1305] *ibidem*

atteindre une fonction objective qualifiée de fonction d'utilité. Il est développé dans cette tradition de la pensée économique classique et néoclassique, le modèle d'acteur dans la théorie du choix rationnel est celui de *l'homo œconomicus*[1306]. Selon *D.KUBLER et J.DE MAILLARD (2009 p.102)*, ce modèle, l'agir humain est régi par quatre principes :

Par ailleurs, fidèle au modèle de *l'homo œconomicus*, Downs part de l'idée que la motivation principale des élus consiste à profiter des avantages personnels que peuvent leur conférer les fonctions publiques en termes de revenu, de prestige et de pouvoir. L’objectif d'un élu consiste, dès lors, à obtenir un maximum de votes lors des élections, pour être élu ou réélu dans une fonction politique. Il cherchera ainsi à vendre des produits qui promeuvent les intérêts des électeurs, des programmes électoraux qui ne sont que des projets de politiques publiques. Dans le but d'assurer le maximum de votes, ces programmes seront formulés de façon à plaire au plus grand nombre d'électeurs. C'est la recherche du succès électoral qui explique pourquoi des élus vont s'engager pour la mise en place de politiques publiques.

[1306]L’homo oeconomicus se présente donc comme un individu rationnel, c’est-à-dire calculateur, qui dispose de ressources rares, qui peuvent être affectées à des usages différents, mais dont les besoins sont illimités, qui effectue ses choix en fonction de son intérêt propre, et qui cherche donc à obtenir la plus grande satisfaction avec le minimum d’effort. C’est un consommateur, mais non pas un citoyen.Au cours de l’histoire, le modèle a certes évolué, passant des classiques (Adam Smith) aux utilitaristes (Jeremy Bentham), puis aux marginalistes et aux néoclassiques (Léon Walras), jusqu’à l’économie comportementale ou la théorie du capital humain (Gary Becker) qui généralise le modèle économique à l’ensemble du comportement humain. Mais les hypothèses de base demeurent. Il s’agit toujours d’un individu rationnel et maximisateur, sans histoire, ni inconscient, ni appartenance de classe, doté d’une information parfaite sur les prix et qui ne réagit qu’à eux…Rist, G. (2010). Chapitre 3. L'Homo oeconomicus : un fantôme dangereux. Dans : , G. Rist, L’économie ordinaire entre songes et mensonges (pp. 51-69). Paris: Presses de Sciences Po.

Par ailleurs, l'ouvrage majeur plus représentatif de cette manière de penser est celui de *Robert Dahl*, intitulé « *Qui gouverne* ? », publié en 1961 aux Etats-Unis puis en 1971 en France. Dans ce livre, *Dahl* propose une monographie des relations de pouvoir au sein d'une ville, *New Haven*. L'approche « décisionnelle » de son travail empirique lui permet de montrer que la politique municipale est essentiellement le résultat ou le produit des conflits d'intérêt entre des groupes de pression.

Si la première légitimité politique est dominée par le caractère de la préservation de ses intérêts politiques et idéologies dans un mandat déterminé, la deuxième légitimité apolitique qui dispose un caractère de la durabilité de l'action publique locale vu qu'elle veille sur la continuité du service public local, détient des compétences managériales, techniques et juridiques.

A travers ces constats, nous pouvons déduire la problématique sur laquelle repose cette divergence de rattachement hiérarchique de la structure de l'AI au sein des communes qui vont risquer sur l'objectivité de la fonction d'AI.

Le préalable de l'audit interne

Comme il a été signalé précédemment, la fonction de l'AI est tributaire de l'existence d'un ensemble de conditions préalablesjugées impératives par les normes internationales.Nous pouvons citer l'existence d'un environnement sain et un climat social marqué par la confiance. De ce fait, l'administration locale doit être centrée sur les valeurs et la performance tout en

garantissant une approche participative. Les différentes catégories de la commune doivent collaborer, mutuellement, avec la structure d'AI par la mise en place de toutes les informations nécessaires, en s'épaulant mutuellement afin de dégager les dysfonctionnements etsuggérer des pistes d'amélioration et leurs suivis. Cependant, le début de l'expérience a montré une méfiance par les audités, élus et le corps administratif, suite à la confusion de la notion d'AI avec celle de l'inspection qui a un caractère punitif.

A travers cette expérience de la mise en place de la structure de l'AI au sein des communes marocaines, il a été constaté, unanimement, l'absence d'un dispositif efficace relatif aucontrôle interne au sein des collectivités locales. L'efficacité et la pertinence de la mission de l'audit de performance reste tributaire de l'existence d'un dispositif de contrôle interne solide.

En effet l'audit interne est une fonction d'appréciation et d'évaluation dont la tâche essentielle est, notamment, la validation du contrôle interne. Il en résulte que sans système de contrôle interne il n'y a rien à auditer[1307].

Gestion des risques : une vision prospective

La gestion des risques est une politique qui permet d'assurer la continuité de l'activité[1308]. Elle repose sur une gestion basée sur une approche prospective qui permet de réduire les incertitudes face à un environnement jugé de plus en plus complexe et incertain.

[1307] Alain-Gérard Cohen. Contrôle interne et audit publics. Edition Lextenso. 2008. Page 92
[1308]F.Bernard. R.Gayroud et L.Rousseau. contrôle interne. Maxima. 2eme edition 2008. Page 40

Son importance capitale, par rapport à la production des services, réside dans la proposition des bonnes pratiques au profit du contrôle et de l'audit interne moderne.

Cette politique a constitué l'élément de base par lequel les trois communes ont identifié les grandes catégories des risques. Les risques constatés à travers la cartographie des risques constituent un élément de base du plan d'action pour les auditeurs.

Les systèmes d'informations : un facteur clé de succès de l'AI

L'une des principales contraintes qui pèsent sur l'administration communale est sa capacité limitée de gérer toutes ses activités administratives, financières, techniques… selon une solution informatique intégrée. En effet, le système d'information est aujourd'hui reconnu comme une composante hautement stratégique pour toute organisation car il lui apporte une maitrise efficace de sa gestion.

Selon son importance dans sa contribution à la modernisation de l'administration, l'IFACI prévoit selon la norme ***2110.A2***que l'audit interne doit évaluer si la gouvernance des systèmes d'information de l'organisation soutient la stratégie et les objectifs de l'organisation[1309].

L'absence d'un progiciel qui intègre, fidèlement, les informations de toutes les activités de la commune constitue un

[1309]http://www.ifaci.com/bibliotheque/bibliotheque-en-ligne-telecharger-la-documentation-professionnelle/referentiel-international-de-l-audit-interne/acces-thematique/systemes-drinformation-194.html. Le 14/03/2015 à 18 : 35

enjeu majeur. L'équipe de l'audit vaconfronter lors de l'exerce de leurs missions des difficultés dans la maitrise et le jugement de l'information.

Système d'information comptable communal loin de répondre au principe de la sincérité

Comme nous l'avons précédemment exposé, le succès de la mission d'audit se réalise favorablement dans un système d'information comptable fiable et sincère. Pour mémoire, nous signalons que chaque système d'information comptable pour qu'il soit fiable, il doit répondre à deux impératifs : il doit donner, en premier lieu, une image fidèle sur la situation financière et patrimoniale à travers une comptabilité générale, et en deuxième lieu, valoriser le coût du service rendu par une comptabilité analytique.

Selon l'existence d'une obligation juridique qui exige descollectivités territoriales à présenter leur compte conformément aux normes citées ci-dessus, nous estimons que la pertinence de l'audit, notamment financier, sera plus garanti si cette disposition estmise en application.

II- Vers une gouvernance locale basée sur la pratique de l'AI

Avant de se projeter sur les perspectives de la pratique de l'AI au sein des communes pilotes, il est jugé utile de présenter d'abord les apports des acteurs clés de cette nouvelle approche managériale.

A-Les apports des acteurs de l'AI

Comme nous avons déjà cité la partie relative aux principaux acteurs de la mise en œuvre de cette pratique, il s'avère nécessaire de citer également l'Agence Américaine pour le Développement International (USAID),la Direction Générale des Collectivités Locales (DGCL), l'Inspection Générale d'Administration Territoriale (IGAT), et le cabinet spécialisé en audit(AUDITAS).

L'AI s'inscrit dans le cadre de PGL de l'USAID. En effet, ces stimulus qui est un facteur contextuel constitue l'élément par lequel l'AI a vu le jour.

Le plan d'action, prévu pour la mise en place de la pratique de l'AI au sein des trois communes pilotes, peut être présenté comme suit :

- La mise en place d'un programme d'appui à la création des structures d'AI opérationnelles au sein des trois communes pilotes (Salé, Safi et El Jadida) ;
- L'élaboration des référentiels pour la pratique de l'AI dans les communes (charte, manuel de procédures, guide pratique, note d'organisation,…) ;
- L'organisation d'action d'information de formateurs en audit interne et de formation-action au bénéfice des futurs auditeurs internes des communes partenaires ; et
- L'organisation de cinq rencontres régionales en vue de sensibiliser des élus locaux à l'AI[1310].

[1310] Article de l'USAID septembre 2014.

La Direction Générale des collectivités locales est considérée le premier acteur stratégique dans ce programme. Son apport est crucial pour la simple raison qu'elle est en même temps la hiérarchie supérieure des Collectivités Locales et la partie contractante de ce programme.

A travers ce partenariat, la DGCL a encouragé les communes de s'inscrire librement dans ce programme ayant pour objectif la modernisation et l'appréciation de la qualité des services communaux dans le sens de l'efficacité, l'efficience et la performance.

L'Inspection Générale d'Administration Territoriale se présente comme le deuxième acteur institutionnel. Elle constitue l'élément de base de la réussite de cette expérience vu qu'elle dispose d'une double mission. Une première mission d'inspection qui est considérée la principale, et sa deuxième mission de l'audit externe qui peut être réalisée suite à la demande du président de la commune, en vertu de l'article 56 de la loi 45-08 relative à l'organisation des finances des collectivités locales et de leurs groupements[1311].

Le cabinet Auditas, se présente comme un acteur d'expertise, il estspécialisé en audit, conseil, expertise comptable. Sa mission principale s'explique par l'élaboration du cadre global de l'AI et des modules de formation et de sensibilisation

[1311] Nous rappelons que ce programme a été effectué en 2010.



Il intervient, ainsi dans ce projet, en sa qualité de délégataire de l'institut « RTI international[1312] ». Il est chargé de l'accompagnement des communes pilotes. L'une des contraintes confrontées lors de la mise en place de cette pratique de l'AI est la divergence structurelle et organisationnelle entre la logique managériale de gestion locale et celle du secteur privé.

L'élément psychologique était déterminant dans l'intégration des audités dans cette conduite de changement. L'équipe a confronté au début le problème du manque de confiance qui rend la tâche difficile à convaincre les futurs audités sur le caractère non contraignant de la fonction.

Par ailleurs, d'autres entraves ont été enregistrées lors de la phase de diagnostic qui a démontré l'absence de quelques prérequis élémentaires. Nous pouvons citer, entre autres, l'insuffisance des compétences relatives à cette pratique, l'absence d'un organigramme officiel, l'absence du descriptif des fonctions, la non adéquation des postes aux profils, le manque de procédures écrites et l'insuffisance des systèmes d'information.

La formation a été concrétisée théoriquement et pratiquement. Elle a été caractérisée par des simulations et des actions de sensibilisation. Toutefois, les missions pratiques et réelles sur le terrain ont nécessité l'adhésion de l'équipe de l'IGAT qui est dotée

1312RTI est un institut de recherche et de développement, indépendant et non lucratif, qui propose ses services techniques à ses différents clients, issus du secteur public, privé et commercial, à travers le monde

d'une expertise et d'une connaissance de la particularité des pratiques administratives et financières communales.

B- La genèse de la pratique de l'AI dans les communes marocaines

Nous allons présenter les différentes expériences des trois communes pilotes ayant adhéré à l'exécution de ce programme axé sur cette pratique de l'AI. Cette expérience menée par ces trois communes peut constituer un modèle attrayant et un moyen efficace pour essayer de convaincre et d'encourager les autres communes à y adhérer.

Il est à noter que l'adhésion à cette pratique par les trois communes n'est pas cadrée par des dispositions normatives obligatoires et que chaque commune a manifesté librement son adhésion dans ce chantier.

L'expérience de la commune de SAFI

L'expérience de la commune de Safi a été marquée par la mise en place de trois de missions d'AI.

La première mission, axée sur un caractère purement juridique, concerne la gare routière de Safi. Les recommandations de la structure de l'AI s'orientent sur l'exécution de l'arrêt de la cour d'appel de commerce de CASA. Cette décision a pour objet la dissolution de contrat de la société qui gère la gare routière. Sur la base de cette recommandation, le conseil communal a pris un arrêt qui s'aligne avec la recommandation de la structure de l'AI.

Après un diagnostic à soumettre au président, la structure de l'AI a fait une autre recommandation qui consiste à enregistrer et à titrer tous les lots des terrains appartenant à la commune qui vont servir de base foncière de la gare routière. Toutes ces recommandations ont été exécutées par le conseil communal.

Cette action a pour objectif principal l'amélioration de la qualité du service public local par une société responsable et par conséquent la création d'une source financière supplémentaire.

La deuxième mission de l'AI a consisté à la vérification de la convention de gestion déléguée relative à la gestion des déchets ménagers et qui a été conclue entre la commune et la société SITA Blanca.

La mission a pour objectif de s'assurer du respect des dispositions de la convention du service de nettoyage et de s'assurer de l'efficacité des mesures préventives prises par la société visant à protéger la commune contre des risques éventuels. Les recommandations de la structure qui ont portésur l'amélioration de ce service font l'objet d'une réaction immédiate de la part du président qui a donné ses instructions d'exécuter ces recommandations.

La troisième mission concerne les conventions liant la commune avec l'agence autonome de distribution de l'eau et de l'électricité. Il s'agit d'un audit de conformité ayant pour objet de s'assurer du respect de la partie contractante aux dispositions du contrat.

L'expérience de la commune d'El Jadida

La première mission opérationnelle de la structure de l'AI a porté sur le service de l'assainissement solide (en 2013). Ce service a été régi par une société spécialisée dans le domaine du nettoyage dans le cadre de la gestion déléguée. La mission d'audit a concerné le déléguant et le délégataire.

La structure de la commune chargée du contrôle et du suivi des activités de cette société a été concernée par la mission de l'audit réalisé par l'équipe de l'AI. Cette dernière a soulevé l'inefficacité de celle-ci aussi bien au niveau quantitatif qu'au niveau qualitatif de ses résultats. En effet, le ressort géographique important de commune n'est contrôlé que par quatre contrôleurs. Par ailleurs, ceux-ci n'ont pas la compétence nécessaire d'exercer la mission de contrôle et du suivi des différentes natures d'activités de la société. Cette situation a influencé négativement sur la qualité du service public local délivré à la population locale. Il est à noter que les recommandations de la structure de l'AI ont été prises en considération, ce qui a permis l'amélioration de la qualité du service en question.

La deuxième mission était effectuée en Mars 2014. La structure visée était la division chargée de la fiscalité de la commune. L'audit fiscal a concerné les taxes foncières suivantes : taxe sur les terrains urbains non battis (TNB), taxe sur les opérations de constructions, taxe sur les opérations de lotissements et taxe sur l'occupation temporaire du domaine public.



Cette mission a pour objectif de rationaliser etde moraliser la gestion fiscale afin d'élargir l'assiette communale.

Par ailleurs, le rapport de cette mission d'audit fiscal a été communiqué à ladite division afin de valider les remarques de la structure de l'audit.

L'expérience de la commune de Salé :

D'après cette commune, les actions de formation et de sensibilisation ont permis d'obtenir les résultats suivants :

1. La Sensibilisation des cadres et des élus de la Commune au rôle et à la mission de l'audit interne
2. La Formation des auditeurs à la démarche et aux outils de l'audit interne ;
3. La Mise en œuvre sur le terrain des techniques et outils d'audit à travers la réalisation de deux missions tests à la commune (Audit des abattoirs et du parc auto).

Sur le plan pratique, les missions réalisées sont celles qui sont prévues par le plan d'action de la division d'audit interne, elles sont au nombre de deux :

- Mission d'audit interne des procédures de gestion de la gare routière de Salé.
- Et mission d'audit interne des procédures de gestion du marché de gros de Salé

En somme, en dépit du caractère volumineux de la fonction, ces trois communes ont exprimé une grande volonté de s'adhérer davantage à cette expérience.

L’audit interne : un chemin considérable à parcourir

D’après ces expériences et résultats réalisés par ces trois communes pilotes, nous constatons que la modestie de la pratique trouve ses justifications dans la maturation de l’expérience et ainsi l’absence de quelques conditions fondamentales liées à la fonction de l’AI.

En effet, la première remarque constatée est la problématique de l’indépendance de la cellule d’AI. La norme prévoit l’indépendance de la cellule comme une assurance de son impartialité, tandis que la conception de la charte élaborée constitue, à cet effet, une contrainte à son autonomie.

En effet, la nature politico-administrative qui se représente par la nature de rationalité politique du président (dirigeant) de la commune et la nature administrative de l’institution du secrétaire général de la commune pose le problème de l’impartialité et de l’autonomie de la structure de l’AI.

Suite à ce problème de nature conceptuel et structurel qui menace l’autonomie de la structure et suite à l’incapacité de la majorité des communes d’adhérer à cette nouvelle culture managériale, et afin d’éviter toute sorte d’ingérence et garantir une autonomie à la structure de l’audit, il nous semble judicieux de rattacher la structure d’audit à une autre entité. Celle-ci doit avoir le statut d’une entité décentralisée de façon à ne pas mettre en cause les principes de libre administration et de l’autonomie de chaque commune. Le conseil préfectoral ou provincial, qui regroupe et

représente les élites des communes et abrite aussi l'institution du Gouverneur, constitue selon notre point de vue, le cadre propice dans lequel la fonction d'audit peut s'exercer indépendamment.

Afin de garantir à la structure de l'audit un cadre professionnel auquel elle peut exercer ses missions conformément aux standards et normes de l'audit, il est jugé nécessaire de doter les communes des systèmes d'informations modernes. Leurs importances est considérable pour l'audit puisqu'ils reflèteront fidèlement la situation globale, ils joueront, en quelque sorte, le rôle d'un miroir qui renvoie sans cesse sa propre image avec ses faiblesses et ses points forts.

Par ailleurs, une réforme comptable axée sur une logique d'exercice et de performance est nécessaire. Elle constituera un levier essentiel de modernisation et de bonne gouvernance, dans la mesure où il donnera une image fidèle de la situation financière et patrimoniale de la commune. Pour avoir un audit de performance, la pratique de l'AI doit exiger l'existence d'un système comptable axé sur des normes inspirées des normes comptables internationales du secteur public (IPSAS).

Conclusion

En dépit de l'importance de la fonction de l'audit interne, en tant qu'une nouvelle culture managériale qui a pour objectif la modernisation de l'administration locale, et par voie de conséquence l'amélioration du service public local, les timides résultats obtenus de cette expérience oblige de procéder à

l'instauration d'une nouvelle démarche stratégique contingente. Celle-ci doit avoir comme objectif la création d'un nouveau cadre conceptuel de l'audit interne dans les collectivités territoriales. Ce cadre doit prendre en considération la particularité communale.

Bibliographie

Article de l'USAID septembre 2014.

BARILARI, (A). les contrôles financiers comptables. Administratifs et juridictionnels des finances publiques. Ed. L.G.D.J. 2003.

BOUVIER (M). ESCLASSAN (M-CH). Finances publiques. L.G.D.J 9e Ed 2008.

CAHAN S F., GODFREY J M., HAMILTON J. et JETER D C., «Auditor Specialization, Auditor Dominance, and Audit Fees: The Role of Investment Opportunities», The accounting Review, vol 83, n°6, 2008, p.1393.-1423.

CARPENTER T D., «Audit Team Brainstorming, FraudRisk Identification, and FraudRiskAssessment: Implications of SAS No.99», The AccountingReview, vol 82, n° 5, 2007, p.1119.-1140.

Charte d'audit interne de la commune juillet 2012, document provisoire

Contrôle interne et audit publics, ALAIN-GERARD COHEN, 2eme édition 2008, lextenso éditions

F.Bernard. R.Gayroud et L.Rousseau. contrôle interne. Maxima. 2eme edition 2008



GIROUX E., « L'entreprise et l'audit environnemental : perspectives de développement national et international dans les secteurs de l'environnement et du commerce », les Cahiers de Droit, vol 38, n°1, 1997, p.71.-118.

Hassane ELARAFI. Gestion des finances de l'Etat. REJJES Première édition.2006.

Jean_ Bernard Mattret.la nouvelle comptabilité publique. Edition lexto. 2010

KARIM, (M). Management des finances publiques au Maroc. 1er Ed. Imprimerie el maarif al jadida. 2006.

La constitution marocaine de 2011.

MATTRET, (J-B). La nouvelle comptabilité publique. L.G.D.C. 2010.

OMOTESO K., PATEL A. et SCOTT P., «Information and Communications Technology and Auditing: Current Implications and Future Directions», International Journal of Auditing, vol 14,n° 2, 2010, p.147.-162.

RENARD J., L'audit interne : ce qui fait débat, Edition Maxima, 2003. RENARD J., Théorie et pratique de l'audit interne, Eyrolles, 2010.


تم بحمد الله وتوفيقه



صدر سابقا من مجلة الباحث القانونية
الأعداد التالية









العدد 59 . أكتوبر . 2023م

مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية

العدد 58 . شتنبر . 2023م

العدد 57 . غشت . 2023م

العدد 56 . يوليوز . 2023م









https://www.allbahit.com/search/label